مختصر
كتاب
مباحث المرافعات الشرعية

تأليف
محمد زيد الأبياني بك

مختصر
كتاب
مباحث المرافعات الشرعية

مختصر كتاب مباحث المرافعات الشرعية

تأليف
محمد زيد الأبياني بك

بسم الله الرحمن الرحيم

نحمدك يا من خلقت فأبدعت، وقدرت فأحكمت، وقضيت فعدلت، وحكمت فأرضيت. فسبحانك لا نحصي ثناء عليك، خلقت هذا الخلق، وأقمت بنيان وجوده على قواعد الأمانة والحق، وجعلت العدل أساس انتظامه وبقائه، وقوام سعادته وهنائه، وملاك تقدمه وارتقائه، وركن صلاحه واعتلائه. ولذلك أمرتنا بإقامة معالمه وانتهاج مناهجه، والحرص على اتباع طرائقه، فقلت في كتابك العزيز، وأنت الحكم العادل اللطيف الخبير ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَـٰنِ﴾ وفي آية أخرى ﴿۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا (٥٨)﴾.

ونصلي ونسلم على رسولك الناطق بالصدق والصواب. فقد قال (بئس الزاد إلى المعاد العدوان على العباد).

وقال أيضاً: (العدل أساس الملك).

وعلى آله وصحبه الذين اهتدوا بهديه فاتبعوا أوامره واجتنبوا نواهيه.

ولكن العدل لا يقام له وزن إلا إذا أقيم هيكله على قوانين

تسلمها الأمة وتنقاد لأحكامها وتخضع لأوامرها ونواهيها، وبديهي أن خير القوانين وأولاها بالاحترام ما جاء على لسان الأنبياء والمرسلين فهي من عند الله العليم بمصالح عباده الخبير بما ينفع مخلوقاته، أنزلها رحمة للعالمين، وهداية للضالين، وناهيك بما جاء في شريعتنا الغراء من الأحكام الشرعية في المعاملات الدنيوية فهي خير وأنفع وأبقى من تلك القوانين البشرية، وهذا كتابنا ينطق عليكم بالحق قد وضعناه فيما تمس إليه حاجة المتقاضي فقلنا مستعينين بالله شاكرين له ما أولاه.



المرافعات الشرعية

اعلم أن الشريعة الإسلامية وإن كانت مباحثها كثيرة إلا أنه يمكننا حصرها في الأقسام الآتية وهي:

العبادات، والأحوال الشخصية، والمعاملات، والحدود، والعقوبات، والمرافعات. والمقصود لنا الآن هو القسم الأخير وهو يشتمل على الدعوى وطرق إثباتها والقضاء. ولنتكلم على كل منهما.

الدعوى

الدعوى تشتمل على مباحث كثيرة وهاك بيانها بالتفصيل.

تعريف الدعوى

الدعوى لها معنيان معنى في اللغة، ومعنى في الاصطلاح. فمعناها في اللغة هو قول يقصد به الإنسان ايجاب حق على غيره إلا أن الاسم يتناول من ليست له حجة ولا يتناول من له حجة ولذلك يسعى المدعي قبل إقامة البينة مدعياً وبعد الإثبات يسمى محقاً.

ومعناها في اصطلاح الفقهاء هو قول مقبول عند القاضي يقصد به الشخص طلب حق معلوم قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه فيشمل التعريف دعوى دفع التعرض دون دعوى قطع النزاع.

ويخرج بهذا التعريف الشهادة والإقرار إذ الشهادة هي قول يقصد به الإنسان إثبات حق على الغير للغير. والإقرار هو قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على نفسه لغيره.

والفرق بين دعوى دفع التعرض ودعوى قطع النزاع أن الأولى هي عبارة عن إخبار القاضي بأن فلاناً يعارضني في ملكي

الذي أنا واضع يدي عليه ويريد أخذه مني بغير حق لما له من القوة وأخاف منه لو قاومته فأطلب من القاضي أن يمنعه من التعرض لي لأنه لا حق له في ذلك. وهذه الدعوى مقبولة فيجيبه القاضي إلى طلبه وينهى المتعرض عن تعرضه لواضع اليد ما دام غير واجد للحجة فإذا وجد حجة تعرض بها إذا أراد.

أما الثانية فهي عبارة عن طلب إنسان غيره عند القاضي بدون أن يعارضه ولا ينازعه في شيء ويقول للقاضي بلغني أن فلاناً يريد منازعتي ومخاصمتي وأريد قطع النزاع بيني وبينه فاطلب من القاضي إحضاره حتى إذا كان له عليّ حق فليبينه أمامك بالحجة وإلا فليعترف بأني بريء من كل حق يدعيه. فهذا القول لا يسمع منه لأن المدعي لا يجبر على الخصومة.

ركن الدعوى

ركن الشيء هو ما كان داخلاً في حقيقته بحيث لا يتحقق ولا يوجد إلا به فركن الدعوى هو اللفظ الدال على إضافة المدعي الحق لنفسه أو إلى من هو نائب عنه **فالأول** يتحقق عندما يكون الإنسان مدعياً شيئاً لنفسه بأن يقول: إن لي على فلان (ويميزه عن غيره تمييزاً كافياً) ألف جنيه مثلاً.

ويتحقق **الثاني** عندما يكون الإنسان مدعياً بصفته ولياً أو وصياً أو وكيلاً عن صاحب الحق ولا بد أن يكون ذلك حال

النزاع حتى يتحقق التخاصم فتخرج الإضافة حالة المسالمة لعدم الخصومة.

الفرق بين المدعي والمدعى عليه

لما كان علم القضاء يدور على معرفة الفرق بين المدعي والمدعى عليه لأن لكل حكماً يخالف حكم الآخر إذ المدعي يكلف بإقامة البينة إذا أنكر المدعى عليه واليمين تتوجه إلى المدعى عليه إذا لم تقم البينة، كان من الضروري معرفة الفرق بينهما حتى يوجه لكل ما هو مطلوب منه فهو أصل دقيق يجب التنبيه عليه لاختلاف الحكم، ولذلك اختلف الفقهاء في تعريف كل منهما فالجمهور على أن المدعي هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها لأن حق الطلب له فإذا تركه فلا سبيل لأحد عليه والمدعى عليه هو من إذا ترك لا يترك بل يجبر على الخصومة ليؤدي حق صاحبه إذا ثبت عليه.

وقال بعضهم المدعي هو من يلتمس إثبات ملك أو حق والمدعى عليه من ينفيه ويدافعه. وقد أخذ بعض علماء القوانين الوضعية معنى هذا التعريف فقال في تعريفهما المدعي هو من جعل نفسه بمنزلة المهاجم. والمدعى عليه هو من أقام نفسه في مرتبة المدافع.

شروط الدعوى

الشروط جمع شرط وهو ما كان خارجاً عن حقيقة الشيء وتوقفت صحته عليه.

والشروط التي تتوفف عليها صحة الدعوى أربعة أنواع: نوع يتعلق بنفس الدعوى، ونوع يتعلق بالمدعي، ونوع يتعلق بالمدعى عليه، ونوع يتعلق بالمدعى (به) وهاك بيانها بالتفصيل.

الشروط المختصة بنفس الدعوى

الشروط التي يلزم وجودها في نفس الدعوى لصحتها عشرة.

الأول: أن تكون بألفاظ تدل على الجزم والتحقق وينبني على ذلك أن المدعي إذا قال أظن أو أشك أن لي عند فلان كذا كانت الدعوى غير صحيحة ولا يشترط فيها لفظ مخصوص بل يكفي ما يدل على قصد المدعي.

الثاني: أن تكون قد وجه الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة إلا على خصم حاضر لأن القضاء على الغائب وله لا يجوز عندنا. وقد أجاز العلماء القضاء على الغائب في مسائل ستأتي في مبحثه.

الثالث: أن تكون في مجلس القضاء فالدعوى في غيره لا تعتبر شرعاً فلا يترتب عليها حكمها.

الرابع: أن تكون بلسان المدعي سواء كان مدعياً الحق لنفسه أو لمن هو نائب عنه. وإذا كان القاضي لا يعرف لغة المدعي أو المدعى عليه عين مترجماً أميناً يترجم عبارته له حتى يكون على بينة مما يقول كل منهما.

الخامس: أن لا تكون مناقشة لشيء وجد من المدعي قبلها لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه وينبني على ذلك أنه لو اعترف شخص بمسلكية شيء لغيره ثم ادعى الشراء منه قبل الاعتراف أو استأجر أو استعار شيئاً من غيره ثم ادعى أنه ملكه قبل الإجارة والإعارة لم تسمع هذه الدعوى للتناقض وسيأتي ما يرتفع به التناقض في مبحثه.

السادس: أن يطلب من القاضي الحكم على المدعى عليه بتسليم المدعي (به) وعدم منازعته فيه لأن الحكم حق المدعي فيجوز أن يكون غير طالب له وإنما ذكر القضية على سبيل الحكاية فإذا طلبه تبين للقاضي غرضه (تأمل).

السابع: أن تكون الدعوى مشتملة على بيان المدعى به بياناً كافياً لا سبيل للبس معه في شيء وسيتضح لك هذا في الشروط التي يلزم وجودها في المدعى (به).

الثامن: أن يطلب المدعي من القاضي سؤال المدعى عليه عن الدعوى حتى يجيب بالإثبات أو السلب، فليس للقاضي أن يجبره على الإجابة قبل طلب سؤاله لجواز أنه أعرض عن الدعوى بعد بيانها فيكون النزاع قد انحسم فلا داعي إلى تجديده بواسطة

القاضي لأنه إنما نصب لقطع المنازعات لا لإنشائها (تأمل واحكم).

وبعضهم لا يشترط هذا الشرط لأن المفهوم من جهة العوائد وشهود الحال أن إحضار الخصم والدعوى عليه مغنية عن النطق بسؤال القاضي للخصم، وهذا هو الظاهر من مذاهب العلماء كما هو منصوص في معين الحكام.

التاسع: إذا كان المدعى (به) عيناً سواء كان عقاراً أو منقولاً فلا بد من أن يذكر في دعواه أن المدعى عليه واضع يده على المدعي به بغير حق.

العاشر: إذا كان المدعى به منقولاً ويمكن حضوره إلى مجلس القضاء بغير نفقة فلا بد من أن يطلب المدعي في دعواه احضاره إلى مجلس القضاء ليشير إليه في الدعوى ويشير إليه الشهود عند أداء شهادتهم أو يشير إليه المدعى عليه عند اليمين إذا عجز المدعي عن الإثبات وطلب يمينه.

الشروط التي يلزم وجودها في المدعي

هي اثنان: **الأولى**: أن يكون أهلاً للدعوى بأن يكون عاقلاً وينبني على هذا أن دعوى المجنون والصبي الذي لا يميز غير صحيحة والذي له حق الدعوى عند الاقتضاء من له الولاية على أمواله من ولي أو وصي فلو كان الصبي مميزاً وكان مأذوناً له صحت دعواه.

الثانية: أن تكون له صفة في الدعوى وهي تختلف باختلاف المدعى به لأنه إن كان من حقوق العباد فلا تثبت إلا إذا كان صاحب الحق أو وليه أو وكيله، وإن كان من حقوق الله تعالى فالصفة ثابتة لكل فرد لأن هذا من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهما واجبان على الكافة.

الشروط التي يلزم وجودها في المدعى عليه

هي أربعة: **الشرط الأول**: أن يكون عاقلاً فلا تصح الدعوى على مجنون أو صبي غير مميز لأن كلًّا منهما لا يصلح خصماً لجواز أن تكون هناك أدلة تبطل دعوى المدعي وكل منهما لا يهتدي إليها لعدم تمييزه وإنما يقوم مقامه في الخصومة من له الولاية على أمواله من ولي أو وصي.

فإذا كان الصبي مميزاً صلح أن يكون خصماً إذا كان مأذوناً له.

الشرط الثاني: أن يكون ذا شأن في الدعوى بأن يكون أصيلاً فيها أو نائباً عنه بطريق الولاية أو الوكالة.

الشرط الثالث: أن يكون معلوماً وينبني على ذلك أنه إذا قال المدعى عليه على أحد من أهل القرية الفلانية أو على أناس من أهلها مقدار كذا من المال لا تصح دعواه فلا يترتب عليها الحكم لتعذر ذلك.

الشرط الرابع: أن يكون المدعى عليه ملزماً بشيء على فرض ثبوت الدعوى فإذا لم يكن كذلك لم تسمع وينبني على هذا الشرط أنه لو ادعى شخص على آخر بأن البيت الغلاني الذي تحت يده وقف لأن فلاناً كان أوصى له به قبل وفاته فوقفه الموصى له حال حياة الموصي، وقد مات وانتقلت الملكية له أو أنه كان وهبه له وقبل استلامه منه وقفه وبعد ذلك سلمه له لم تسمع كل هذه الدعوى لأنه على فرض إقرار المدعى عليه بالدعوى لا يكون ملزماً بشيء لأنهم نصوا على أنه يشترط لصحة الوقف أن يكون الموقوف مملوكاً للواقف وقت الوقف، وكل من الموصى به قبل وفاة الموصي والموهوب قبل التسليم لا يكون مملوكاً للموصى له ولا للموهوب له فلا يصح الوقف.

الشروط التي يلزم وجودها في المدعى به

هي شرطان: **الأول** أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت عقلاً أو عادة فدعوى المستحيل في العقل أو في العادة غير صحيحة لتيقن الكذب في العقل وظهوره في المستحيل العادي وينبني على ذلك أنه لو ادعى شخص على آخر بأنه ابنه وكان ذلك غير متأت كما إذا فرضنا أن المدعى عليه أكبر سناً من المدعي لم تسمع هذه الدعوى لأن المدعى به وهو البنوة مستحيل عقلاً.

وأنه لو ادعى من هو معروف بالفقر والحاجة على آخر بأنه أقرضه مبلغاً عظيماً من النقود دفعة واحدة أو اغتصبها منه والحال

أنه لم يرث ولم يصب مالاً ويطالبه برد بدله لم تسمع هذه الدعوى لخروجها مخرج الزور ظاهراً. وبعضهم يقول إن الاستجابة العادية لا تكفي لمنع سماع الدعوى لجواز صدق المدعي.

الشرط الثاني أن يكون المدعى به معلوماً فلو كان مجهولاً لم تصح الدعوى لأن فائدتها الإلزام بواسطة إقامة الحجة والإلزام بالمجهول لا يتحقق.

وينبني على هذا الشرط أن المدعي لو قال إن فلاناً استهلك مالي أو كان شريكاً لي فخان في الربح أو قال المدين قضيت بعض الدين ونسيت قدره لم يلتفت إلى أقواله لجهالة المدعي.

معلومية المدعى به

اعلم أن المدعى به ينقسم إلى أقسام كثيرة جداً لأن كل مسألة تصلح أن تكون موضوع دعوى فالمدعي إما أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة أو عيناً أو فعلاً كالغصب والسرقة والقتل أو عقداً كالبيع والوصية أو قولاً كالطلاق والسب أو نسباً أو إرثاً أو وقفاً أو إبراءً أو حقاً كحق الحضانة وضم الصغير إلى العصبة بعد انتهاء مدتها أو حق الشرب والمسيل الخ. فإن التقسيم شرحه يطول والمعلومية لا بد منها لصحة الدعوى وهاك بيانها في الجميع.

معلومية الدين

إذا كان المدعى به ديناً فإن كانت النقود فمعلوميته تكون ببيان جنسه ونوعه وقدره ووصفه إذا كان في البلد نقود مختلفة وسبب وجوبه (مختلق فيه) وإن كان من المكيلات أو الموزونات فمعلوميته تكون بذكر الجنس (حنطة أو شعير) والنوع والصفة (الجودة أو الرداءة) والقدر (كذا أردب مثلاً) وسبب الوجوب (قرض أو سلم).

معلومية العين

وإن كان المدعى به عيناً فإما أن تكون عقاراً أو منقولاً وإن كانت منقولة فإما أن تكون موجودة أو هالكة وكل له حكم يخصه.

فإن كانت منقولة وهي موجودة فإن كانت حاضرة بالمجلس كانت معلوميتها بالإشارة إليها لأن الإشارة أقصى ما يمكن في التعريف وإن كانت غير موجودة في المجلس فإن أمكن إحضارها إليه بدون نفقة ألزم القاضي المدعى عليه بإحضارها إلى مجلس الحكم ليشار إليها في الدعوى واليمين والشهادة، وإن كان إحضارها غير ممكن أو كان ممكناً ولكن بنفقة كان القاضي مخيراً فإن شاء توجه إلى محللها وسمع الدعوى هناك وإن شاء بعث أمينه إذا كان مأذوناً بالاستخلاف مع المدعي والمدعى عليه والشهود للإشارة إليها في محلها فيسمع النائب ويقضي وإن كانت

هالكة هذه الدعوى ودعوى الدين سواء لأنه بعد الهلاك يدعي الضمان وهو القيمة أو المثل فيعرف بما يعرف به الدين المار ذكره.

وإن كانت العين المدعاة عقاراً (وهو الذي لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر) فإما أن يكون قريباً من مجلس القضاء وإما أن يكون بعيداً عنه، فإن كان قريباً بحيث تمكن الإشارة إليه فلا يشترط تحديده بل تكون معلوميته في هذه الحالة بالإشارة إليه لأنها أقصى ما يمكن في التعريف.

وإن كان بعيداً فإما أن يكون مشهوراً وإما أن يكون غير مشهور فإن كان **الأول** فلا يشترط تحديده أيضاً بل يكفي ذكره فقط، وإن كان **الثاني** (غير مشهور) فإما أن يكون داراً أو أرضاً فإن كان داراً فمعلوميتها تكون ببيان البلد الموجودة فيه ثم القسم (إن كان) ثم الشارع ثم الحارة ثم الزقاق ولا بد من تحديدها بذكر الحدود الأربعة ويبين الجهة التي بها الباب ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم إن كانوا غير مشهورين، وإن كان أرضاً فمعلوميتها تكون بالنص على المديرية ثم المركز ثم البلد ثم الحوض ولا بد من ذكر الحدود الأربعة وأسماء أصحابها وأنسابهم وقال بعضهم إذا نص على ثلاثة حدود منها صح ذلك لأن للأكثر حكم الكل، ولكن لو ذكر الحدود الأربعة وأخطأ في واحد منها فسدت الدعوى لأنها لا تنطبق على العقار المتنازع فيه.

معلومية غير الدين والعين

إذا كان المدعى به غير دين أو عين مما هو مذكور في أقسام المدعي وغيره فلا يختلف الحكم بل لا تسمع الدعوى إلا إذا كان معلوماً والعالم بهذه الأشياء يعلم بم تكون به معلوميتها فنحن نكتفي بما تقدم لأننا لو أردنا بيان المعلومية في كل جزئية هي موضوع دعوى لم تمكنا من انتهاء هذا الكتاب.

المسائل المستثناة من هذا الشرط

اعلم أن الفقهاء استثنوا من هذا الشرط وهو معلومية المدعى به أربعة أشياء فإنهم نصوا على أن الدعوى تسمع فيها ولو كان المدعى به مجهولاً وهي:

الأول: الوصية فإذا ادعى شخص على ورثة شخص آخر بأن مورثهم أوصى له بشيء من ماله ومات قبل بيانه فلا أدري مقداره ومات مصراً على ذلك قبلت منه هذه الدعوى وإن كان ما يدعيه مجهولاً.

الثاني: الإبراء فإذا ادعى على غيره أنه أبرأه من الدين الذي له عنده بدون تعيين قدره قبلت هذه الدعوى.

الثالث: الرهن فإذا ادعى شخص على غيره أنه رهن عنده عين كذا ولم يذكر قيمتها سمعت هذه الدعوى ولو قال لا أدري قيمتها.

الرابع: الغصب فإذا ادعى رجل على آخر بأنه غصب منه فرساً مثلاً قبلت دعواه.

وإذا نظرنا لسبب هذا الاستثناء وجدنا ظاهراً في الوصية والإبراء لأنهم نصوا على أن كل منهما يصح بالمعلوم وبالمجهول فلو لم يجيزوا صحة الدعوى بالمجهول فيهما لوجد التناقض في كلامهم.

أما الرهن والغصب فالاستثناء فيهما غير ظاهر ولذلك اختلفوا في السبب، فمن قائل إن السبب في ذلك أن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ما له فلو كلف ببيان القيمة تضرر به.

ومن قائل إن سبب الاستثناء هو أن الدعوى في هذه الحالة دعوى فعل وهو الرهن والغصب فيسمعهما القاضي بعد ثبوتها يرجع إلى المرتهن والغاصب في القيمة.

وقال بعضهم إن الدعوى لا تسمع في الرهن إلا إذا بين قيمة الشيء المدعى عليه وعلى هذا ليس هناك استثناءً لهذين من الشرط المتقدم وهو ظاهر.

أنواع الدعوى

الدعوى تنقسم إلى قسمين صحيحة وفاسدة. فالصحيحة هي ما كانت مستوفية شرائطها المار ذكرها. والفاسدة هي التي فقدت بعض شروطها فمتى وجدت الدعوى مستوفية جميع الشروط فاحكم بصحتها ورتب عليها حكمها ومتى وجدتها غير مستوفية

لها فاحكم بفسادها فلا ترتب عليها لحكم ومع هذا فاتبع ما ستعرفه في مبحث الحكم وهو:

حكم الدعوى

الحكم عند الفقهاء هو عبارة عن أثر الشيء المترتب عليه فالدعوى متى رفعت صحيحة مستوفية كل شرائطها ترتب عليها الحكم وهو أمر المدعى عليه بالجواب عنها، والجواب عن الدعوى يكون بأحد ثلاثة أشياء وهي: الإقرار، والإنكار، والامتناع عن واحد منهما، فإذا أقر عامله القاضي بإقراره، وإن أنكر كلف المدعي بالإثبات، فإن أثبت فيها وإن عجز وطلب يمين المدعى عليه أجابه القاضي إلى طلبه وإن امتنع عن واحد منهما فالصحيح اعتباره منكراً فيكلف المدعي بالإثبات.

وهذا الحكم لا يترتب على الدعوى إلا إذا كانت صحيحة بأن كانت مستوفية جميع شروطها المارة فلو كانت فاسدة لم يترتب عليها الحكم فلا يلزم المدعى عليه بالجواب عنها ولو طلبه المدعي.

ولكن نص في معين الحكام على أن المدعي إذا نقص من دعواه ما فيه بيان مطلبه أمره بتمامه وإن أتى بأشكال أمره ببيانه فإذا صحت الدعوى سأل المطلوب عنها.

ثبوت وضع اليد

قد علمت من الشروط التي يلزم وجودها في صيغة الدعوى (التاسع) أن المدعى به إن كان عيناً قائمة فلا بد لصحة الدعوى من أن يقول المدعي في دعواه أن المدعى عليه واضع يده على العين المدعاة بغير حق، وعند سؤال القاضي للمدعى عليه عن وضع يده لا يخلو حاله من أحد أمرين: **الأول** أن ينكر وضع يده. **الثاني** أن يقرّ فإن كان الأول كلف القاضي المدعي بإثبات وضع يد المدعى عليه بالبينة سواء كانت العين منقولاً أو عقاراً ولا بد من أن البينة تشهد بأنهم عاينوه في يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك منه أو من غيره لم تقبل.

وإن كان **الثاني** (الإقرار) فإن كان المدعى به منقولاً ثبت وضع اليد بهذا الإقرار أي التصادق وإن كان عقاراً فإن ادعى فعلاً كالغصب والشراء من ذي اليد ثبت وضع اليد بالتصادق أيضاً وإن ادعى ملكاً مطلقاً فقد اختلف الفقهاء في ذلك فبعضهم يقول يكفي هذا التصادق أيضاً، والبعض الآخر يقول لا يكفي هذا التصادق بل لا بدّ من إثبات وضع اليد بالبينة ولو كان المدعى عليه معترفاً به.

فتكون النتيجة أن بعضهم يكتفي بإقرار المدعى عليه بوضع يده مطلقاً وبعضهم يكتفي به أيضاً إلا في حالة واحدة وهي ما كانت الدعوى بملكية مطلقة في العقار وحينئذ لا نحتاج إلى الفرق على القول **الأول** لأنه سوى في الحكم بين الجميع، ولكن نحتاج إلى الفرق على القول **الثاني** بين المنقول والعقار الذي ادعى فعل

متعلق به (الغصب والشراء) وبين العقار الذي ادعيت فيه الملكية المطلقة من حيث إن التصادق كافٍ في الأول والثاني لا الثالث.

والفرق على رأيه أن وضع اليد في المنقول مشاهد فلا حاجة إلى إثباته بالبينة وأما وضع اليد في العقار فغير مشاهد فلا بدّ من إثباته بها، ولكن لما كانت دعوى الفعل كما تصح على ذي اليد تصح على غيره فلا حاجة إلى إثبات وضع اليد فيها بالبينة لأنها دعوى ضمان أو تمليك وتملك، وكل منهما كما يدعي على ذي اليد يدعي على غيره أيضاً فعدم ثبوت وضع اليد لا يمنع صحة الدعوى أمام دعوى الملك المطلق، فدعوى تركه التعرض بإزالة اليد وطلب إزالتها لا يتصور إلا من صاحب اليد وبإقراره لا يثبت كونه ذا يد لأنه يحتمل أن يكون في يد غيرهما وهما يتفقان على أن يصدق المدعى عليه المدعي في وضع اليد وينكر الملكية فيقيم المدعي البينة على الملكية فيحكم له فيصير هذا قضاء له بمال الغير وهو واضع اليد ويفضي ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الغير (تأمل).

مكان الدعوى

اعلم أن مكان الدعوى هو مجلس القاضي لأنه هو محل قطع النزاع وإيصال الحقوق إلى أربابها فإذا كان القاضي الذي ترفع إليه الدعاوى في البلد واحداً فلا كلام في أنه هو الذي يسمع الدعوى ويفصل فيها.

أما إذا تعددت القضاة واختلفت الخصوم فيمن يحكم في دعواهم فقال أبو يوسف يكون الخيار للمدعي لأنه منشىء فيخير في رفع الدعوى عند من يريد.

وقال محمد يخبر المدعى عليه لأنه دافع فهو يطلب سلامة نفسه ومن طلب السلامة أولى بالنظر والاعتبار والأصل براءة ذمته فأخذه إلى من يأباه لريبة ثبتت عنده ربما يوقع في إثبات ما لم يكن ثابتاً في ذمته وهذا هو الذي اعتمدوه.

من يكون خصماً ومن لا يكون

المدعي والمدعى عليه هما الخصمان في الدعوى ولكن لا يعتبر المدعي خصماً إلا إذا كانت له صفة في الدعوى بأن يكون أصيلاً أو له الولاية على أموال من له الحق أو وكيلاً عنه.

والمدعى عليه لا يعتبر خصماً شرعاً إلا إذا كانت له صفة في الدعوى أيضاً بأن يكون أصيلاً أو نائباً عنه كالوصي والوكيل ولو بإقامة القاضي ـ وأن يكون معلوماً، فلو ادعى شخص على واحد من أهل القرية الفلانية ولم يعينه لم يكن واحد من أهلها خصماً له.

أقسام الخصوم بالنسبة لثبوت الدعوى

اعلم أن الخصم المدعى عليه ينقسم باعتبار إثبات الدعوى بالطرق الشرعية إلى ثلاثة أقسام:

الأول: أن يكون خصماً في إثبات الدعوى بالإقرار أو البينة أو توجيه اليمين إليه عند العجز عن الإثبات وهذا يتحقق عندما يكون المدعى عليه أصيلاً بأن يدعى عليه فعل باشره هو بنفسه كالبيع والإجارة والغصب.

الثاني: أن يكون خصماً في إثبات الدعوى بالبينة فقط كما إذا كان المدعى عليه ولياً أو وصياً أو ناظر وقف.

الثالث: اعتباره خصماً بالنسبة للإقرار والبينة لا في اليمين كما إذا كان وكيلاً بالخصومة من قبل المدعى عليه فإنه لو أقرّ يسري إقراره على موكله إلا إذا استثنى الإقرار من التوكيل بنص صريح وللمدعي الحق في إثبات دعواه في مواجهته بالبينة ولكن لو عجز وطلب يمينه لم يجب إلى طلبه إذ النيابة لا تجري في الحلف.

أقسام الخصوم بالنسبة للمدعى به

المدعى به ينقسم إلى أقسام كثيرة جداً لأن كل مسألة تصلح أن تكون موضوع دعوى لأنه إما أن يكون عيناً أو ديناً ثابتاً في الذمة أو فعلاً كالغصب أو عقداً كالبيع والوصية أو قولاً كالطلاق والسب أو نسباً أو إرثاً أو حقاً كحق الحضانة والرضاع أو وقفاً الخ. فإن التقسيم شرحه يطول وإليك بيان الخصم في الجميع.

الخصم في دعوى العين

الخصم في دعوى العين هو واضع اليد لأن اليد دليل الملك في الظاهر ولهذا لو كان الملك ثابتاً لشخص ليس واضعاً

يده على العين كان هو الخصم في الدعوى ومع هذا يلزم حضور صاحب اليد ليحكم عليه بالتسليم ويتفرع على هذا ما يأتي:

أولاً: إذا غضب شخص من آخر عيناً وأراد المالك المخاصمة طالباً ردها كان خصمه هو الغاصب وكذا إذا باعها الغصب ولم يسلمها للمشتري لأنه واضع اليد فإن سلمها له أو غصبت من الغاصب كان الخصم هو المشتري أو الغاصب الثاني لوضع يدهما عليها.

ثانياً: إذا توفي شخص عن تركة وفيها أعيان وله ورثة وأراد شخص دعوى عين من أعيانها كان الخصم له هو الوارث الذي في يده تلك العين فلا تسمع الدعوى على غيره من الورثة.

ثالثاً: إذا بيع عقار فطلب الشفيع أخذه بالشفعة فإن استلمه المشتري كان هو الخصم للشفيع وإن لم يستلمه كان الخصم له كلًا من البائع والمشتري لأن **الأول** واضع اليد **والثاني** مالك فلا تسمع الدعوى إلا بحضورهما.

ويتفرع على أن الخصم في دعوى العين هو واضع اليد على أنه مالك أنه لو ادعى رجل ملكية عين في يد غيره، فقال واضع اليد: أنا لست خصماً لك لأن يدي ليست يد مالك وإنما هي يد أمانة أو ضمان لأن هذه العين التي تدعيها ملك لفلان الغائب وقد أودعها عندي أو أعارنيها أو آجرها لي أو رهنها عندي بدين عليه أو غصبتها منه وأقام بينة على ذلك اندفعت دعوى المدعي لأنه أثبت ببينته أن يده ليست يد ملك وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم.

الخصم في دعوى الدين

إذا كان المدعى به ديناً فلا يتصور فيه وضع اليد لأنه وصف في الذمة فالخصم هو المدين أو نائبه في الخصومة وينبني على ذلك ما يأتي:

أولاً: إذا ادعى شخص على آخر ديناً عليه سمعت هذه الدعوى لأنه أصيل.

ثانياً: إذا كان لوقف أو لمحجور عليه دين على شخص فادعى ناظر الوقف أو من له الولاية على أموال المحجور عليه على المدين سمعت الدعوى لأنه نائب عن الدائن.

ثالثاً: إذا ادعى شخص على متوفى ديناً وخاصم كل الورثة أو بعضهم وأراد إثبات الدين في مواجهته سمعت الدعوى لأن كلًّا منهم خلف عن المورث فيكون خصماً للمدعي، وكذلك إذا كان للمتوفى دين على شخص وادعى الورثة عليه سمعت الدعوى.

رابعاً: لا يكون مدين المدين أو مودعه خصماً للدائن فإذا كان لشخص دين على غيره ولمديونه دين على آخر فأراد الدائن مخاصمة مدين مدينه ليثبت الدين في مواجهته ويستوفيه من الدين الذي عليه لمدينه لا تسمع هذه الدعوى لأن المدعى عليه ليس مديناً له ولا نائباً عنه في الخصومة ومثل المدين المودع ولكنهم استثنوا من هذا مسألة نفقة الزوجة والأولاد والأبوين فإن كلًّا من المودع والمدين يكون خصماً لمدعي النفقة منهم.

الخصم في دعوى الفعل

الخصم في دعوى الفعل هو الفاعل له ولو لم تكن العين المتعلق بها هذا الفعل تحت يده (إن كان متعلقاً بعين مالية) لأن الغرض من الدعوى إنما هو إثبات الفعل الذي يترتب عليه الضمان وينبني على ذلك أنه إذا غصب شخص من آخر عيناً وغصبها من الغاصب غيره ثم ادعى المالك على الغاصب منه الغصب وأراد تضمينه القيمة سمعت هذه الدعوى وإن كان المغصوب في يد غيره.

الخصم في دعوى العقد

الخصم في دعوى العقد هو المباشر له أو من قام مقامه كالوكيل والوارث والوصي ولو بإقامة القاضي فإذا باع رجل لآخر عيناً من أمواله وأراد المشتري إثبات البيع كان الخصم له هو البائع أو وكيله ما دام حياً، وبعد وفاته يكون الخصم له هو الوارث أو الوصي أو الموصى له، وقس على هذا باقي العقود التي تسمع فيها الدعوى حال الحياة وبعد الوفاة.

الخصم في دعوى القول

الخصم في دعوى القول هو كل من له شأن أو من يقوم مقامه.

فإذا طلق الرجل زوجته وأرادت المرأة إثبات الطلاق كان

خصمها هو الزوج أو وكيله إن كان حياً وإذا توفي الزوج وأرادت المرأة الإرث كان خصمها في إثبات الطلاق عليها هو الوارث أو الوصي إذا خاصمته في أخذ نصيبها من الميراث.

الخصم في دعوى النسب

هذه الدعوى إن كانت بالأبوة والبنوة وكان المدعى عليه حياً صحت إقامة الدعوى عليه أو من قام مقامه سواء كانت دعوى النسب مقصودة أي ليست متضمنة حقاً آخر أو متضمنة له كالنفقة، وإن كان المدعى عليه ميتاً فلا تسمع الدعوى إلا إذا كانت متضمنة لحق آخر كالإرث. والخصم في حال الحياة هو المدعى عليه الأبوة والبنوة والخصم في حالة الوفاة هو الوارث أو الوصي أو الموصى له أو الدائن أو المدين.

وإن كانت الدعوى بغير البنوة والأبوة بأن كانت بالأخوة أو العمومة أو الخؤولة فالخصم هو المدعى عليه حال حياته فإن كان بعد وفاته فالخصم هو أحد المذكورين قبل ويشترط لصحة الدعوى في هذه الحالة أن تكون متضمنة حقاً آخر سواء كان المدعى عليه حياً أو ميتاً.

الخصم في دعوى الإرث

هذه الدعوى لا تخرج عما ذكر لأن دعوى الإرث إن كانت بسبب القرابة كانت دعوى نسب وإن كانت بسبب الزوجية أو ولاء

الموالاة كانت دعوى عقد وإن كانت بسبب ولاء العتاقة كانت دعوى إسقاط الملكية الذي يترتب عليه هذا الحق والخصم في الجميع هو من له شأن في الدعوى مثل الورثة أو الوصي أو الموصى له.

ويلزم في دعوى الإرث أن يبين جميع التركة بياناً كافياً ويبين جميع الورثة ومقدار نصيبه الذي يستحقه فيها وجهة الإرث التي يستحق بها ولا بد من بيان الشخص الذي ينتهي إليه نسب الخصمين إذا كان بينهما نسب بأن يذكر في دعواه الأب إذا كان المدعى عليه هو الأخ ويذكر اسم الجد إذا كان المدعى عليه هو العم وهكذا.

الخصم في دعوى الحق

الخصم في دعوى الحقوق كحق الحضانة والرضاع هو كل شخص له شأن في الدعوى فإذا كان رجل متزوجاً بامرأة لها منه ولد صغير فأخذه الأب سواء كانت الزوجية قائمة أو غير قائمة وأرادت الأم إثبات حقها في الحضانة أو الرضاع كان الخصم لها هو الأب لأن الولد عنده وهو المتعرض لإسقاط حقها.

ومثل هذا دعوى باقي الحقوق كحق الشرب والمسيل والمرور فإن الخصم لمدعي حق منها هو واضع اليد على العقار المراد إثبات هذا الحق عليه إن كانت يده يد ملك.

الخصم في الوقف

الخصم في الدعاوى الصادرة من الوقف أو عليه هو الناظر سواء كانت الدعوى متعلقة بعين الوقف أو بغلته فالمستحق فيه لا يكون خصماً سواء كان مدعياً أو مدعى عليه ولو انحصر الاستحقاق فيه.

وقد نصوا على أن المستحق يكون خصماً في حالتين: **الأولى** أن يكون ناظراً على الوقف. **الثانية** أن يأذن له القاضي بالخصومة (تأمل).

ولكن محل كون المستحق لا يكون خصماً إذا كانت الدعوى على غير الناظر فلو كانت عليه قبلت الدعوى.

قيام شخص مقام غيره في الخصومة

الأصل أنه لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب إلا بالإنابة حقيقة (الوكيل) أو بالإنابة شرعاً (الوصي الخ...) أو باتصال بين الحاضر والغائب فيما وقعت فيه الدعوى.

فإذا لم يوجد شيء من ذلك لا يكون الحكم على واحد حكماً على غيره لأن ثبوت شيء في حق شخص لا يقضي بثبوته في حق آخر، ولكنهم استثنوا من هذا عدة مسائل فقالوا: إن الحاضر ينتصب فيها خصماً عن الغائب متى ثبت المدعى به بالبينة فيتعدى الحكم إليه وإن لم يكن حاضراً وهذه المسائل هي الآتية:

الأولى مسألة الورثة فإن بعضهم ينتصب خصماً عن الجميع سواء كان مدعياً أو مدعى عليه وسواء كانت الدعوى بدين أو عين وينبني على ذلك ما يأتي:

أولاً: إذا ادعى أحد الورثة ديناً للموروث سمعت الدعوى ومتى ثبت الدين حكم بجميعه للورثة ولكن ليس للوارث المدعي أن يقبض إلا حصته لأن نيابته عنهم إنما هي في إثبات الدين لا في قبضه.

ثانياً: إذا ادعى أحد ديناً على المورث سمعت الدعوى على أحد الورثة وهذه الدعوى صحيحة وإن لم يكن في يد الوارث المدعى عليه شيء من التركة لما في الإثبات من الفائدة وهو التمكن من أخذ مال المورث الموجود في يد غيره أو عند ظهوره ومتى ثبت الدين بالبينة على الميت في مواجهة أحد الورثة لزم الكل فيؤخذ من جميع التركة.

ثالثاً: إذا ادعى أحد الورثة عيناً في يد آخر بأنها ملك لمورثه وقد آلت إلى جميع الورثة بطريق الميراث الشرعي سمعت هذه الدعوى منه ومتى ثبتت الملكية كان القضاء لجميع الورثة ولكن لا يسلم للمدعي إلا نصيبه شائعاً ويسلم الباقي لغيره من الورثة.

رابعاً: إذا ادعى أحد ملكية عين من أعيان التركة قبل قسمتها على أحد الورثة سمعت هذه الدعوى إذا كانت العين المدعاة في يد الوارث المدعى عليه.

الثانية: مسألة المستحقين في الوقف فقد نصوا على أن بعضهم ينتصب خصماً عن الجميع فإذا فرضنا أن واقفاً جعل الريع لنفسه ثم لذريته ثم لجهة خيرية وبعد وفاته صرف النظر ريع الوقف إلى الطبقة العليا من الذرية فخاصمه واحد من الطبقة الثانية مثلاً وادعى أن الوقف على جميع الذرية بدون ترتيب وأثبت ذلك استحق جميع ذرية الواقف لأن المدعي انتصب خصماً عنهم.

الثالثة: مسألة أحد الدائنين فإنه ينتصب خصماً عن الباقي في ثبوت إعسار المدين وينبني على ذلك أنه متى ثبت إعساره في مواجهة أحدهم ثبت في حق الجميع.

الرابعة: مسألة المطالبة بإزالة الضرر العام من الطريق فإذا أحدث رجل في الطريق العام شيئاً يضر بالمارة فكل واحد من الناس خصم له فله رفع دعوى عليه ومطالبته بإزالته.

الخامسة: إذا كانت منافع شيء مشتركة بين أهالي قرية وكانوا أكثر من مائة كالنهر والمرعى فأراد قوم آخرون الانتفاع منهما بدعوى أنه مشترك وخاصموا بعض أهالي القرية كفى ولو كان واحداً ومتى ثبت ذلك بالبينة ظهر في حق الجميع.

كيفية إحضار المدعى عليه

إذا حضر شخص لدى القاضي وادعى على غيره ولم يكن حاضراً معه فإما أن يكون المدعى عليه في البلد أو قريباً منه

بحيث لو أحضره القاضي يمكنه أن يرجع ليبيت في منزله. وإما أن يكون خارجاً عن البلد وبعيداً بحيث لو حضر لما أمكنه ذلك فإن كان **الأول** أحضره القاضي بمجرد الدعوى وإن كان **الثاني** فلا يحضره بمجرد الدعوى بل لا بد من التوثق من صحتها، وقد اختلفوا فيه فبعضهم يقول لا يحضره إلا إذا أقام بينة على صحة دعواه فإن أقامها قبلت للإحضار لا للقضاء فإذا حضر أعاد البينة ثانية. وقال بعضهم لا يكلفه إقامة البينة بل يحلفه على صحة دعواه فإن حلف أحضر له خصمه وإن امتنع عن اليمين فلا يلتفت إليه ومتى وجد التوثق من القاضي بعث إلى المدعى عليه فإن حضر سار في الدعوى وإن لم يحضر يرسل من يقول له إن القاضي يدعوك لمجلس الحكم فإن أجابه فبها وإن لم يجبه جعل القاضي وكيلاً عنه يعلم محافظته على حقوقه ويسير في الدعوى مع المدعي والمقام عن المدعى عليه وسيأتي إيضاحه في المبحث التالي وهو:

كيفية سير القاضي مع الخصوم

متى أعلن المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة المختصة بالطريقة التي عرفتها من المبحث المتقدم وحضر المدعي والمدعى عليه في اليوم المعين لسماع الدعوى سار معهما القاضي السير الشرعي وهو أن يأمر المدعي بذكر دعواه في مواجهة خصمه، فإن حصل ذلك سأل القاضي المدعى عليه عما يقوله في هذه الدعوى

وعند سؤاله لا يخلو حاله من واحد من أمرين: **الأول** أن يقر بأن يوافق المدعي على دعواه. **الثاني** أن ينكر بأن يقول إنه لا يستحق عندي ما يدعيه مثلاً، فإن أقر لزمه المدعي بإقراره وإن أنكر يقول القاضي للمدعي قد أنكر خصمك ما تدعيه فهل يمكنك إثباته فعند سؤاله لا يخلو الحال من أحد أمرين: **الأول** أن يمكنه الإثبات بالبينة. **الثاني** أن يعجز عن ذلك. فإن أتى بالبينة وتحقق للقاضي من صدقها بعد إجراء ما يلزم شرعاً حكم له. وإن عجز عن إقامة البينة يقول له القاضي لك يمينه فإن طلب يمين المدعى عليه استحلفه القاضي وعند الاستحلاف لا يخلو الحال من أحد أمرين: **الأول** أن يحلف. **الثاني** أن يمتنع عن اليمين. فإن حلف سقطت الدعوى. وإن امتنع عن اليمين ألزمه القاضي بالمدعى به.

والإنكار من المدعى عليه تارة يكون صريحاً وهو ظاهر وتارة يكون حكمياً وذلك في حالتين: **الأولى** السكوت فإن الفقهاء يعتبرونه إنكاراً ويكلفون المدعى بالإثبات وهو الصحيح. **الثانية** إذا قال المدعى عليه عند سؤاله لا أقر ولا أنكر اعتبر منكراً على ما استظهروه لأن كلاميه تعارضا فتساقطا فاعتبر ساكتاً والسكوت نكول حكمي.

دفع الدعوى

تعريف الدفع

الدفاع في اصطلاح الفقهاء هو إتيان المدعى عليه بدعوى يريد بها إسقاط دعوى المدعي وهو مقبول سواء كان بعد إقرار المدعى عليه أو إنكاره وسواء كان قبل الحكم أو بعده وينبني على ذلك ما يأتي:

أولاً: إذا ادعى شخص على آخر ديناً فاعترف المدعى عليه به ولكنه ادعى أنه أعطاه له أو أبرأه منه أو تصالح مع المدعي على بعضه وأداه له كان هذا دفعاً للدعوى.

ثانياً: إذا ادعت امرأة على رجل بأنه كان زوجاً لها ثم طلقها طلاقاً بائناً وتطالبه بمؤجل الصداق فاعترف بالزوجية والطلاق ولكنه ادعى أنه أعطاها المهر كان هذا دفعاً لدعواها.

ثالثاً: إذا ادعى رجل على آخر بأنه أخوه شقيقه وقد مات والدهما فاستولى على جميع التركة ويطالبه باستحقاقه فيها فاعترف المدعى عليه بذلك، ولكنه ادعى بأن والدهما كان مديناً بدين مستغرق لتركته وإن أخاه امتنع عن قضاء ما يخصه في الدين

فاستخلصت أنا جميع أعيان التركة من الدائنين بمالي الخاص أو ادعى بأنه سلمه جميع ما يستحقه في التركة كان هذا دفعاً للدعوى.

رابعاً: إذا كان شخص واضعاً يده على منقول أو عقار فادعى آخر ملكيته فقال ذو اليد إن ما تدعيه ليس ملكاً لي وإنما هو ملك فلان الغائب وقد أودعه عندي أو أعاره أو آجرته منه أو رهنه عندي بدين عليه أو غصبته منه وأثبت ذلك بالبينة كان هذا دفعاً للدعوى.

وإنما كان هذا دفعاً لأن المدعى عليه أثبت ببينته أن يده ليست يد خصومة إذ الخصم في دعوى العين هو واضع اليد على أنه مالك كما عرفته في مبحث (من يكون خصماً ومن لا يكون).

قبول الدفع من غير المدعى عليه وعدم قبوله

الدفع لا يقبل إلا من المدعى عليه أو ممن له شأن في الدعوى المدفوعة وينبني على ذلك ما يأتي:

أولاً: إذا ادعى رجل ديناً على مورث وخاصم أحد الورثة وأثبته بالبينة كان لغير المخاصم من الورثة دفع هذه الدعوى لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الجميع فيما لهم وعليهم فالحكم يتعدى إلى غير المخاصم متى كان الإثبات بالبينة فله دفعه.

ثانياً: إذا استحق المبيع من يد المشتري بالبينة فأراد الرجوع على البائع بالثمن فادعى البائع على المستحق بأنه باعه له قبل أن يبيعه هو من المشتري سمعت هذه الدعوى منه وكانت دفعاً لأن له

شأناً في القضية إذ بهذا الدفع يمنع رجوع المشتري عليه بالثمن وعلى هذا القياس.

قبول الدفع قبل الحكم وبعده

اعلم أن الدافع إما أن يكون قبل الحكم وإما أن يكون بعده فإن كان الأول فهو مقبول اتفاقاً وينبني على ذلك أن من ادعى على آخر ديناً (مثلاً) فأقر له به ولكنه دفع بالأداء أو الإبراء كان هذا الدفع مقبولاً، وكذا إذا أنكر المدعى عليه فأراد المدعي إقامة البينة أو أقامها فعلاً ولم يحكم القاضي بها أو عجز المدعي عن إقامة البينة وطلب يمين المدعى عليه فنكل ولم يحكم القاضي عليه بنكوله ثم دفع هذه الدعوى بأداء الدين مثلاً سمع هذا الدفع ويكلف بإثباته حتى إذا حصل ذلك حكم ببراءته من الدين.

وإن كان الثاني (الدفع بعد الحكم) ففيه خلاف فبعضهم يقول لا نسمع لأنهم نصوا على أن الدعوى إذا فصلت مرة بالوجه الشرعي مستوفية لشرائطها الشرعية فلا تنقص ولا تعاد وبعضهم يقول يسمع الدفع بعد الحكم أيضاً ويقيد هذا النص بما إذا كان الدفع لا يترتب عليه إبطال القضاء بأن لم يأت المدعى عليه بشيء جديد لأنها والحالة هذه تكون عين الأولى فسماعها يكون تكراراً محضاً أو إذا ترتب على الدفع إبطال القضاء كان مقبولاً (وهذا هو الذي اعتمدوه).

وكل من القولين فيه شيء يظهر بالتأمل ولو كان هناك رأي بالتفصيل الآتي لكان وجيهاً وهو:

إذا كان ما يستند عليه الدافع خفياً ولم يمكنه الحصول عليه وقت السير في الدعوى كان الدفع مقبولاً وإذا كان الشيء الذي يستند عليه غير خاف فلا يقبل منه.

حكم الدفع

متى وجد الدفع من المدعى عليه أو ممن له شأن في الدعوى صار المدعى عليه مدعياً والمدعي مدعى عليه وحينئذ يسير القاضي مع الخصوم في هذا الدفع كسيره في الدعوى الأصلية فيسأل المدعي الأصيل عن الدفع، فإن أقر به لزمه وإن أنكره كلف المدعى عليه بإثباته فإن أثبته اندفعت دعوى المدعي وإن عجز عن الإثبات وطلب يمين المدعي الأصلي أجيب إلى طلبه ووجه القاضي اليمين إليه فإن امتنع عن اليمين يثبت دفع المدعى عليه وإن حلف تعود دعواه الأصلية وفي بعض الدفوع يكون المدعى عليه مقراً بالمدعي كما إذا دفع بقضاء الدين أو الإبراء منه.

قبول دفع الدفع الخ

اعلم أنه كما يصح الدفع يصح دفع الدفع وكذا ما زاد عليه على القول المختار وينبني على ذلك أنه إذا ادعى داراً إرثاً عن أبيه فدفع المدعى عليه بأن أباك أقر أنها ملكي وبرهن على ذلك فدفع المدعي بأنك بعد إقرار أبي لك أقررت بأنه ملك أبي صح هذا الدفع وعلى هذا القياس.

التناقض

تعريفه

التناقض هو التنافي بين الكلامين بالنسبة لموضوع الدعوى أن يسبق من المدعي ما يناقض دعواه فمتى وجد التناقض رفعت الدعوى لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه وينبني على ذلك ما يأتي:

أولاً: إذا كان شخص واضعاً يده على شيء فطلب منه غيره بيعه له أو هبته أو إجازته أو رهنه أو غير ذلك مما فيه اعتراف بالملكية فامتنع واضع اليد عن ذلك فادعى من طلب أحد هذه الأشياء أن الشيء ملك له قبل طلبه الشراء لاتسمع دعواه إذ طلبه الشراء ونحوه إقرار بأنه لا ملك له فيه فدعواه الملك قبل طلب الشراء تناقض وهو مانع من سماع الدعوى فترفض وحينئذ نكون قد ألغينا الثاني وعاملناه بما صدر منه أولاً لتعلق حق الغير به.

ثانياً: إذا ادعى ملكية بيت (مثلاً) في يد غيره فدفع ذو اليد بأنه اشتراه منه فقال المدعي لم يحصل بيننا بيع قط فأقام المدعى

عليه البينة على ما ادعاه فدفع المدعي بأن البيع كان بيع وفاء أو بشرط مفسد هو كذا لم يقبل هذا الدفع لأنه متناقض.

والفروع من هذا القبيل كثيرة جداً ويمكنك تخريج أي فرع منها متى عرفت معنى التناقض فلا لزوم للإطالة.

التناقض لا يمنع من صحة الدعوى إلا إذا ثبت حق المعلوم

وقد نصوا على أن التناقض لا يمنع من صحة الدعوى إلا إذا كان الكلام الأول قد أثبت حقاً لشخص معين كما عرفته مما تقدم من الأمثلة المارة وإلا لم يمنع.

وينبني على ذلك أنه لو قال رجل لا حق لي على أحد من أهالي مصر (مثلاً) ثم ادعى على واحد منهم سمعت دعواه. إنه إذا قال هذه الدار ليست لي ثم ادعاها سمعت الدعوى لأنه لم يقر لواحد معروف والإقرار للمجهول باطل.

وجود التناقض من شخصين

كما يمنع التناقض من سماع الدعوى إذا وجد من شخص واحد كذلك يمنع إذا وجد من شخصين لكن بشرط أن يكونا في حكم شخص واحد كالوكيل والموكل والوارث والموروث وينبني على ذلك أنه إذا رفع الوكيل أو الوارث دعوى تناقض ما حصل

من الموكل أو المورث في شيء واحد لا نسمع هذه الدعوى للتناقض فلو أقر شخص بعين لغيره ثم وكل غيره في الخصومة بدعوى الملكية له أو ادعاها وارثه بطريق الإرث لم تسمع هذه الدعوى.

منع التناقض من الدعوى لغيره

التناقض كما يمنع صحة الدعوى لنفسه كذلك يمنع صحتها لغيره وينبني على ذلك أن من أقر بمال لغيره فكما لا يملك أن يدعيه لنفسه كذلك لا يملك أن يدعيه لغيره بوصاية أو وكالة لأن فيه تناقضاً إذ المال الواحد لا يكون لشخصين في حالة واحدة.

ومثل هذا ما إذا ادعى مالاً لآخر فلا يصح له بعد ذلك أن يدعيه لنفسه ولا لغيره وينبني على هذا أنه إذا وكل أحد غيره بالخصومة في ملكية عقار فخاصم المدعى عليه ثم ادعى أن هذا الشيء لنفسه أو لغير من وكله أولاً لا تسمع هذه الدعوى للتناقض إلا إذا وفق.

ارتفاع التناقض

التناقض وإن كان مانعاً من سماع الدعوى إلا أنه يرتفع بأشياء وهي أربعة:

الأول: يرتفع التناقض بتصديق الخصم وينبني على ذلك أنه إذا ادعى شخص على آخر ألف جنيه مثلاً بسبب القرض ثم ادعى

بعد ذلك أن هذا المبلغ بطريق الكفالة فصدقه المدعى عليه يرتفع التناقض فتسمع الدعوى.

لأن المنع كان لحق المدعى عليه فإذا أسقط حقه فقد زال المانع وهو التناقض بتصديق المدعى عليه فيعود الموضوع.

الثاني: يرتفع التناقض بتكذيب الحاكم وينبني على ذلك أنه إذا ادعى أحد المال الذي في يد غيره فأنكر المدعى عليه ذلك بقوله: إن هذا ليس ملكاً لك وإنما هو كان ملكاً لفلان وقد اشتريته منه فأقام المدعي البينة على دعواه وقضى له ثبت للمشتري الحق في الرجوع بالثمن على البائع لأن التناقض الذي وقع بين إقراره بأن المال للبائع وبين رجوعه بالثمن عليه بعد الحكم للمدعي بالملكية قد ارتفع لتكذيب الحاكم له في هذا الإقرار بالقضاء للمدعي.

الثالث: يرتفع التناقض إذا ظهرت معذرة المدعي بأن كان في محل الخفاء وينبني على ذلك أنه إذا استأجر أحد ملك غيره ثم ادعى أنه ملكه لأن أباه قد اشتراه له في صغره ولم يكن له علم بذلك عند الاستئجار سمعت الدعوى لأن الشراء قد يخفى عليه. وأنه لو استأجر أحد داراً من غيره ثم ادعى بعد ذلك أن هذه الدار منتقلة إليه من أبيه بالميراث لم يكن عنده علم بهذا وقت الاستئجار سمعت الدعوى لأنه محل خفاء.

وأنه إذا صدق الورثة الزوجة في الزوجية ودفعوا لها حصتها من الميراث ثم ادعوا استرجاع الميراث بحكم الطلاق المانع منه

تسمع دعواهم لقيام العذر لهم في ذلك حيث استصحبوا الحال في الزوجية وخفيت عليهم البينونة والفروع كثيرة.

الرابع: يرتفع التناقض بالتوفيق بين الكلامين وينبني على ذلك أنه لو استأجر أحد أرض غيره ثم ادعى ملكيتها لا تسمع دعواه للتناقض إذ إقدامه على الاستئجار إقرار بالملكية للمؤجر فليس له أن يدعي بعد ذلك ملكيتها لنفسه ولكنه لو قال كنت مستأجراً ثم اشتريتها تسمع دعوى الملكية لأنه وفق بين كلاميه.

والذي رجحوه أنه لا يكتفي بإمكان رفع التناقض بل لا بد من التوفيق بالفعل.

دعوى الرجلين على ثالث

اعلم أن الشيء المتنازع فيه لا يخلو حاله في أول الأمر من واحد من أمرين: **الأول** أن يكون قابلاً للشركة. **الثاني** أن يكون غير قابل لها وكل له حكم يخصه وهاك البيان.

الشيء القابل للشركة

إذا ادعى اثنان ملكية عين في يد غيرهما وكل يدعي أن جميعها له ولم يبين سبب الملك سئل المدعى عليه عن دعوى كل منهما فإن أقر لواحد وأنكر ملكية الثاني حكم لمن أقر له ولكن يكون للآخر الحق في الإثبات بالبينة، وإن أقر لهما معاً حكم بها لهما فيشتركان فيها مناصفة ولكن لكل منهما إثبات أن جميعها له

لأن إقرار ذي اليد حجة قاصرة على نفسه وإن أنكر ملكية كل منهما طلب القاضي منهما الإثبات وحينئذ لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة: **الأول** أن يقيم أحدهما بينة دون الآخر. **الثاني** أن يقيم كل منهما بينة. **الثالث** أن يعجز كل منهما عن إقامتها. فإن أقام أحدهما بينة دون الآخر قضى له مطلقاً لأنه أثبت دعواه بالحجة. وإن أقام كل منهما بينة عادلة في نظر القضاء فإن أرخ كل منهما وكان تاريخ أحدهما أسبق قدمت بينته لأنه يدعي الملك في وقت لا يزاحمه فيه غيره. وإن أرخ كل منهما واستوى تاريخهما أو لم يؤرخا قضى بالعين بينهما مناصفة لأن البينات من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن هنا لأن الأيدي قد تتوالى على عين واحدة في أوقات مختلفة فيعتمد كل فريق من الشهود ما شاهده من السبب المجوز للشهادة وهو اليد فيحكم بالتنصيف بينهما. وإن أرخ واحد منهما دون الآخر فقال الإمام الأعظم لا عبرة بالتاريخ فيكون الحكم كما إذا لم يؤرخ واحد منهما، وقال أبو يوسف تقدم بينة المؤرخ، وقال محمد تقدم بينة الذي أطلق (انظر الأدلة).

وإن عجز كل منهما عن إقامة البينة فلا حق لواحد منهما في العين بمجرد دعواه بل يكون القول لصاحب اليد فإن طلب كل منهما يمينه أجيب إلى طلبه وحينئذ يحلف فإن حلف لهما تركت العين في يده وهذا قضاء ترك لا قضاء استحقاق حتى لو أقام أحدهما البينة بعد ذلك يقضى له بها وإن حلف لواحد منهما

وامتنع عن اليمين للآخر قضى بها لمن امتنع عن اليمين له وإن نكل لهما جميعاً يقضى بها بينهما نصفين (تأمل).

حكم دعوى أحدهما الكل والآخر البعض

وكل الأحكام المتقدمة مفروضة فيما إذا كان كل من الخصمين يدعي أن جميع العين مملوك له أما إذا كان أحدهما يدعي الكل والآخر البعض كما إذا ادعى أحدهما الكل والآخر النصف (مثلاً)، فالأحكام الآتية وهي:

إذا كانت دار في يد رجل فادعي عليه خارجان الملكية ولكن أحدهما يدعي أن جميعها له والآخر يدعي ملكية نصفها وبرهن كل منهما على دعواه فقال الإمام الأعظم يقضي لمدعي الكل بثلاثة أرباع الدار ولمدعي النصف بربعها لأن مدعي الكل سلم له النصف بدون منازعة خصمه فيبقى النصف الآخر متنازعاً فيه وقد استويا في البرهان فيقسم بينهما فيخص مدعي الكل ثلاثة أرباع ومدعي النصف الربع وهذا التقسيم يسمى قسمة بطريق المنازعة وهو ظاهر كما علمت.

وقال أبو يوسف ومحمد تقسم الدار بينهما لثلاثة بطريق العول لأن مدعي الكل له سهمان ومدعي النصف له سهم واحد فيكون مجموع السهام ثلاثة فمن له سهمان وهو مدعي الكل يأخذ الثلثين ومن له سهم وهو مدعي النصف يأخذ الثالث كما في أصحاب الفروض إذا زادت فروضهم عن الواحد الصحيح.

وكما في مسألة الدائنين إذا لم تفِ أموال المدين بجميع الديون فإن كلاً يأخذ بنسبة دينه وقس على هذا ما ادعى أحدهما الربع والآخر الكل وهلم جرا.

ويعلم حكم ما إذا ادعى كل منهما الملك بسبب أو ادعى أحدهما ملكاً مطلقاً والآخر الملك بسبب من المطولات.

الشيء الذي لا يقبل الشركة

إذا تنازع اثنان في شيء غير قابل للشركة كالنكاح اتبعت الأحكام الآتية:

إذا ادعى اثنان نكاح امرأة فلا يخلو الحال في أول الأمر من أحد أمرين:

الأول أن تكون دعوى كل منهما حال حياة المرأة. **الثاني** أن تكون بعد وفاتها.

الدعوى حال الحياة

اذا ادعى اثنان نكاح امرأة حال حياتها فلا يخلو الحال في أول الأمر من أحد أمور ثلاثة:

الأول: أن يقيم أحدهما بينة دون الآخر.

وفي هذه الحالة يقضى لمن أقامها ولو أقرت للثاني لأن البينة أقوى من الإقرار إذا هي حجة متعدية وهو حجة قاصرة على

المقر فإقرارها إنما ينفذ عليها لا على من أقام البرهان انها زوجته.

الثاني: أن يقيم كل منهما بينة وفي هذه الحالة إن لم يوجد مرجح لإحدى البينتين تهاترتا وإن وجد مرجح لإحداهما ترجحت به وحكم لصاحبها.

وقد نصوا على أن سبق التاريخ أرجح من الكل ثم الدخول ثم الإقرار وينبني على ذلك أنه إن أرخ كل من البينتين وكان تاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخاً.

أما إذا لم تؤرخ واحدة من البينتين أو أرخت كل منهما واستوى تاريخهما أو أرخت واحدة فقط (على رأي) فالترجيح يكون بدخول أحدهما المرأة أو يكونها في يده بأن نقلها إلى منزله لأن فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن والإمكان ثابت هنا بأن يجعل الدخول بها أو نقلها إلى منزله دليل على سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح به.

فإذا لم يوجد واحد من هذين الأمرين كان الترجيح بتصديق المرأة لأحدهما لأن النكاح مما يثبت بالتصادق.

فإذا لم يوجد واحد من هذه الأشياء تهاترت البينتان لتعذر اجتماع زوجين على زوجة واحدة شرعاً لأن النكاح لا يقبل الاشتراك فتهاتر البينتان.

الثالث: أن يعجز كل منهما عن إقامة البينة وفي هذه الحالة

إذا كان أحدهما دخل بها أو كانت في يده حكم له، وإن لم يكن كذلك فهي لمن صدقته لأن النكاح يثبت بالتصادق فإن لم تصدق واحد منهما حلفت فإن حلفت لهما فلا سبيل لأحد عليها وإن حلفت لواحد وامتنعت عن اليمين للآخر قضي له وإن امتنعت عن اليمين لهما فلا يحكم لواحد منهما لأن النكاح لا يقبل الشركة كما عرفته مما تقدم (تأمل).

الدعوى بعد الوفاة

إذا ادعى اثنان نكاح امرأة بعد وفاتها فإن أقام أحدهما بينة قبلت حكم له بالنكاح وإن أقام كل منهما بينة وأرخ كل منهما وتاريخ أحدهما أسبق حكم له وحينئذ يقضى بالميراث له في هاتين الصورتين وإن أقام كل منهما بينة ولم يؤرخ واحد منهما أو استويا في التاريخ أو أرخ واحد منهما فقط قضى بالنكاح بينهما في هذه الحالة وهي حالة الوفاة بخلاف حالة الحياة فإن الحكم فيها هو أنه إذا وجد مرجح لإحدى البينتين حكم لصاحبها وإذا لم يوجد تهاترت البينتان كما علمته مما سبق.

والفرق بين الحالتين أن المقصود في حال الحياة هي المرأة وهي لا تصلح للشركة بينهما.

والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة.

ومتى حكم بالنكاح لكل منهما ترتب عليه حكمه وهو

الميراث وحينئذ يرثان منها ميراث زوج واحد لأن كلًّا منهما يدعي الميراث كاملاً وأثبته وهو قابل للشركة فيشتركان.

طرق القضاء

ظهر لك مما تقدم في سير القاضي مع الخصوم أن طرق القضاء ثلاثة وهي:

أولاً ـ الإقرار.

ثانياً ـ البينة (شهادة الشهود).

ثالثاً ـ النكول: إي الامتناع عن اليمين.

وهذه الطرق الثلاث متفق عليها وهو المصرح به في مادة (124) من اللائحة وبعضهم يزيد أربعة وهي:

علم القاضي، والقرينة القاطعة، والقسامة، واليمين.

ولنتكلم على كل واحدة منها بهذا الترتيب.



الإقرار

الإقرار هو الحجة الأولى لإثبات الدعوى وهاك مباحثه بالتفصيل.

تعريف الإقرار

الإقرار في اصطلاح الفقهاء هو إخبار الإنسان بحق عليه لغيره هو المخبر يسمى مقراً وصاحب الحق يسمى مقراً له والحق يسمى مقراً به.

حجية الإقرار

الإقرار حجة قاصرة على المقر لكمال ولايته على نفسه فلا يتعداه إلى غيره.

فمتى سأل القاضي المدعى عليه عن الدعوى فأقر بها لزمه المدعي بإقراره فالحق يثبت به دون حكم بخلاف البينة فإن الحق لا يثبت بها بل يحكم القاضي بعدها.

(اعتبار الإقرار في غير مجلس القضاء وعدم اعتباره)

قد اختلف العلماء في اعتبار الإقرار في غير مجلس القضاء فقال بعضه إن إقرار المدعى عليه معتبر سواء كان في مجلس القضاء أو في غيره.

وينبني على ذلك أنه إذا أنكر المدعى عليه أمام القاضي فأراد المدعي إثبات إقراره في غير مجلس القضاء سمع القاضي منه ذلك وكلفه بالإثبات ومتى أثبته حكم له.

وقال بعضهم الإقرار لا يعول عليه إلا إذا كان في مجلس القضاء وينبني على هذا أن القاضي لا يسمع من المدعي الدعوى المتقدمة.

وهذا هو المصرح به في مادة (129) من اللائحة.

(شروط الإقرار)

قد علمت أن الشرط ما كان خارجاً عن حقيقة الشيء وتوقفت عليه صحته. وشروط الإقرار تتنوع إلى أنواع منها ما يلزم وجوده في المقرّ، ومنها في المقرّ له، ومنها في المقرّ به، ومنها في الصيغة.

(شروط المقرّ)

يشترط لصحة الإقرار في المقرّ سبعة شروط:

الأول: أن يكون عاقلاً فلا يمكن إقرار الصبي غير المميز والمجنون لانعدام أهلية الالتزام.

الثاني: أن يكون بالغاً وينبني على ذلك أن الصبي المميز لا يصح إقراره ولكن محل هذا إذا كان الصبي غير مأذون له في التجارة فإن أذن فيها كان إقراره بالمال صحيحاً لكونه من ضرورات التجارة لأنه لو لم يصح إقراره لا يعامله أحد فلا يجد بداً منه.

والمعتوه المأذون له بالتجارة مثل الصبي المأذون له بها في جميع الأحكام المتقدمة.

الثالث: أن يكون حراً. فلو كان المقرّ رقيقاً اتبع ما يأتي وهو: الرقيق إما أن يكون غير مأذون له في التجارة وإما أن يكون مأذوناً له فيها، فإن كان الأول وأقرّ بالمال فلا ينفذ هذا الإقرار في الحال بل يتأخر إلى ما بعد العتق لأن المال المقرّ به برقبته وهي مال المولي فلا يصدق عليه.

وإن أقرّ بحدّ أو قصاص نفذ عليه في الحال لأنه مبقي على الحرية فيها والتهمة منتفية فينفذ إقراره.

وإن كان الثاني (مأذوناً له بالتجارة) فإقراره بالحدود والقصاص نافذ في الحال لما تقدم وإقراره بالمال نافذ أيضاً لكن بشرط أن يكون ما أقر به من لوازم التجارة حتى يشمله الإذن فإن لم يكن من مستلزماتها كإقراره بالمهر بسبب الزواج بغير إذن مولاه فلا ينفذ في الحال بل بعد العتق.

الرابع: أن يكون يقظاً فلا يصح إقرار النائم والمغمى عليه لعدم التمييز.

الخامس: أن يكون المقرّ عليه معلوماً فلو كان مجهولاً لم يصح الإقرار فلو قال شخص جالس مع اثنين مخاطباً لأحدهما لك على أحدنا ألف جنيه مثلاً كان الإقرار غير صحيح لتعذر القضاء على المجهول (تأمل).

السادس: أن يكون المقرّ طائعاً مختاراً فلو كان مكرهاً على الإقرار بمال أو طلاق أو غيرهما لم يكن إقراره معتبراً.

السابع: أن لا يكون هازلاً فلو قال شخص لآخر لي عليك ألف جنيه فقال اقبض أو اتزن هازلاً لم يصح هذا الإقرار.

شروط المقرّ له

يشترط لصحة الإقرار في المقرّ له شروط أربعة:

أولاً: أن يكون موجوداً حال الإقرار أو وجد قبله ومات. فلو لم يوجد من أصله بطل الإقرار. فإذا قال لابن فلان علي كذا من المال ولم يولد لفلان ابن أصلاً لغي إقراره.

الثاني: أن يكون سبب استحقاق المقرّ له للمقرّ به مقبولاً عقلاً فلو كان غير مقبول لم يصح. وينبني على ذلك أنه إذا أقرّ للحمل بمبلغ وقال إنه ثمن مبيع باعه منذ لغي هذا الإقرار بخلاف ما إذا كان السبب معقولاً كما إذا اعترف له بمبلغ وقال إن فلاناً

أوصى له به أو ورثه عن مورثه فلان فإن الإقرار يكون صحيحاً.

الرابع: أن لا يكون المقرّ له مجهولاً جهالة فاحشة كأن يقول شخص عليّ ألف درهم لواحد من الناس فإن كانت الجهالة يسيرة كما إذا قال شخص عليّ ألف جنيه لأحد هذين قال بعضهم لا يصح هذا الإقرار لأن المجهول لا يصلح مستحقاً إذ لا يمكن جبره على البيان من غير تعيين المدعي فلا يفيد فائدته. وقال بعضهم بصحته مستدلاً بأن صاحب الحق لا يتعدى من نص عليه وفي مثله يؤمر بالتذكر، وبأن المقرّ لهما إذا اتفقا على الأخذ من المقرّ واصطلحا بينهما أمكن دعواهما فيصبح إقراره (تأمل في كل من القوانين).

(شروط المقرّ به)

يشترط في المقرّ به أن يكون الإقرار ملزماً المقرّ بموجب ما أقر به سواء كان مالاً أو غير مال ولا يشترط في المال أن يكون معلوماً فالإقرار بالمجهول صحيح فإذا قال لفلان عليّ مبلغ من المال صح لأن الإنسان قد يعامل غيره فيمتد الأخذ والإعطاء بينهما فيبقى حساب لا يحيط به علمه.

(شروط الصيغة)

يشترط في الصيغة يشرط واحد وهو أن تكون منجزة فلو كان الإقرار معلقاً على شرط فإن كان مدلول فعل الشرط معدوماً

يجوز حصوله وعدم حصوله، كان الإقرار لاغياً فلو قال إنسان لآخر إذا وصلت إلى المكان الفلاني فإني مدين لك بكذا لم يعتبر هذا إقراراً. وإن كان مدلول فعل الشرط محققاً كان في حكم المنجز كغيره من التصرفات.

(ركن الإقرار)

ركنه هو ما يدل على المعنى الذي عرفته سواء كان صريحاً أو دلالة أو إشارة أو خطاً فلا يشترط أن يكون الإقرار بلفظ صريح بل كما يصح به يصح أيضاً بالدلالة والإشارة والخط، فالصريح كأن يقول المدعى عليه بعد سؤال القاضي له: للمدعى عليَّ ما يدعيه أو يقول نعم بعد الاستفهام منه والدلالة كأن تكون الدعوى بدين فيجيب المدعى عليه بأنه قضاه أو يطلب التأجيل فإنه بدعواه الدفع يكون مقرّاً فإذا لم يثبت دفعه حكم عليه بإقراره وطلب التأجيل ظاهر في الإقرار.

والإشارة تكون مقبولة من الأخرس خاصة إذا كانت معهودة.

وأما الكتابة فقد اختلف الفقهاء في صحة الإقرار بها فالأكثرون على أنه لا يعمل بها لأن الخط يشبه الخط اللهم إلا إذا كان الخط محفوظاً كالمدون في سجل القاضي وكذا دفتر التاجر فيما يكتبه على نفسه لا فيما يكتبه لها، وقال آخرون يعمل

بالخط مطلقاً وعند الإنكار يعرض على أرباب الخبرة للتحقيق (وهو ظاهر).

(عدم صحة الإقرار من كل خصم)

ولا يصح الإقرار بالمدعى به من كل خصم بل من الخصوم من يصح إقراره بالمدعي ومنهم من لا يصح إقراره وبيان ذلك:

إن المدعى عليه إن كان أصيلاً في الخصومة وأقرّ بالمدعي لزمه وإن كان نائباً عن الأصيل فإن كانت النيابة بطريق التوكيل صح إقراره أيضاً على الموكل إلا إذا استثنى الإقرار في عقد التوكيل.

وإن كانت النيابة بطريق الولاية أو الوصاية فلا يملك الخصم الإقرار لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقرّ فلا يتعداه إلى غيره، ولكن محل ذلك إذا لم يدع على كل منهم فعل فعله بنفسه فإن كان كذلك صح إقراره.

سماع البينة مع الإقرار

من حيث إن المقر يلزم نفسه بحق لغيره يكون الإقرار أقوى طرق الإثبات فلا داعي إلى إقامة البينة فلو طلب المدعي إقامتها بعد إقرار المدعى عليه لم يقبل منه ذلك إذ لا فائدة في إقامتها حتى ولو كان هناك فائدة مترتبة عليها أجيب إلى طلبه. وينبني على ذلك ما يأتي من المسائل:

أولاً: إذ ادعى شخص على أحد الورثة إنه يستحق مبلغ كذا قبل المورروث فأقر المدعى عليه بذلك وأراد المدعي إقامة البينة أجيب إلى هذا الطلب، لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر فلا يتعداه إلى غيره فلو لم يجب طلبه لتضرر لأن المقرّ لا يلزمه من الدين إلا بقدر ما يخصه بخلاف ما لو أثبت المدعي دعواه بالبينة وحكم على المورث بالدين فإنه يلزم جميع الورثة.

ثانياً: إذا ادعى شخص على أحد الورثة أن مورثه أوصى له بثلث ماله مثلاً فأقرّ المدعى عليه بذلك وأراد المدعي إقامة البينة يجاب إلى طلبه للسبب الذي تقدم في دعوى الدين.

ثالثاً: إذا ادعى شخص على غيره بأن فلاناً أقامه وصياً بعد وفاته ويطالبه بدين عليه للموصي فاعترف المدعى عليه بالوصاية وأراد المدعي إقامة البينة على الوصاية أجيب إلى طلبه لأن له فائدة في ذلك وهي ثبوت الوصاية بحكم القاضي في حق الجميع.

حكم الإقرار

حكم الشيء هو الأثر المترتب عليه فحكم الإقرار هو إلزام المقرّ بما أقرّ به ولو كان مخالفاً للظاهر وينبني على ذلك أنه لو أقرّ شخص مشروط له ريع وقف أن فلاناً يستحقه دونه صح هذا الإقرار وكان الريع للثاني ولو كان مخالفاً لما في الوقفية لأنه يجوز أن يكون الواقف اشترط له أن يدخل مكانه في الوقف من يشاء ولم يذكر ذلك في الوقفية (تأمل).

في اعتبار الإقرار إخباراً أو إنشاءً

اعلم أن الفقهاء اختلفوا في اعتبار الإقرار إخباراً أو إنشاءً على ثلاثة أقول:

الأول: إنه إخبار فهو مظهر للحق الثابت قبله.

الثاني: إنه إنشاء فهو مثبت للحق من وقت الإقرار.

الثالث: إن بعضهم لما رأى أن الفروع المترتبة على الإقرار مختلفة إذ بعضها يفيد أنه مظهر والبعض الآخر يفيد أنه مثبت لم يحكموا عليه بحكم واحد بل قالوا إنه إخبار من وجه وإنشاء من وجه آخر وكل يترتب عليه فروع مخصوصة فيترتب على الأول ما يأتي:

1 ـ إذا أكره شخص على الإقرار بالطلاق فأقرّ به مكرهاً لا تحرم امرأته عليه ولو كان إنشاءً لحرمت لأن الإكراه لا يمنع صحة إنشاء الطلاق عند الحنفية.

2 ـ إذا أقرّ بوقفية دار ثم اشتراها أو ورثها صارت وقفاً مؤاخذة له بإقراره ولو كان إنشاءً لما صح لأن الشرط في صحة الوقف أن يكون الموقوف مملوكاً للواقف وقت الوقف.

3 ـ الإقرار بالزوجية من غير شهود صحيح عند عدم المانع ولو كان إنشاءً لما صح لأن عقد الزواج يشترط في صحته حضور شاهدين.

ويترتب على الثاني (وهو كونه إنشاء من وجه) ما يأتي:

1 ـ إذا أقر المريض لوارثه كان هذا الإقرار موقوفاً على إجازة بقية الورثة ولو كان إخباراً لنفذ من غير تصديق.

2 ـ إن الملك الثابت به لا يظهر في حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقرّ له ولو كان إخباراً لملكها والذي يظهر للمتأمل إنما هو القول الأول إذ هو موافق لتعريفه الذي لم نر فيه خلافاً.

وأما الثاني فيمكن الجواب عن الفروع التي استدلت بها وهو:

1 ـ إنه إنما توقف نفاذ إقرار المريض للوارث للتهمة.

2 ـ وإنه إنما لم يظهر الإقرار في حق الزوائد المستهلكة لجهالة الزمن الذي نرجع إليه وأما الثالث فيمكن الجواب عنه بأنه لو كان كما قال لعرف الإقرار بتعريف يشملهما ولا قائل به (فإن وجدت غير هذا فأجب به).

مسائل الإقرار

الشخص المقرّ إما أن يكون صحيحاً وإما أن يكون مريضاً مرض الموت وكل له حكم مخصوص.

إقرار الصحيح

متى أقر الشخص وهو صحيح وكان عاقلاً بالغاً رشيداً

مختاراً بمال معلوم صح إقراره ولزمه المال المقرّ به جميعه سواء كان المقر له وارثاً أو غير وارث وسواء كان المقرّ به قليلاً أو كثيراً ولو استغرق جميع ماله فينفذ القاضي عليه طوعاً أو كرهاً ولا يصح رجوعه عن إقراره إلا في الحدود لأنها تدرأ بالشبهات لقوله عليه الصلاة والسلام «**ادرأوا الحدود بالشبهات ما استطعتم**» والرجوع شبهة فيسقط الحدّ.

(الإقرار بالمعلوم والمجهول)

الإقرار كما يصح بالمعلوم يصح بالمجهول يعني أن جهالة المقر به لا تمنع من صحة الإقرار لأن الشخص قد يكون عليه حق لا يعرفه بأن يكون بينه وبين شخص آخر تعامل، وقد تطاول العهد فيكثر الحساب بينهما ويبقى عليه شيء لا يدري قدره فيصح إقراراه به ولو كان مجهولاً. أما الأول (وهو الإقرار بالمعلوم) فأمره ظاهر. وأما الإقرار بالمجهول فلا يتأتى فيه الإيفاء والاستيفاء إلا إذا علم وحينئذ يؤمر المقرّ ببيان المقرّ به لأنه وجب عليه أداء ما لزمه بصريح إقراره، ولا يمكن ذلك إلا بالبيان فإن بين شيئاً ووافقه عليه المقرّ له فيها وإن خالفه كلف المقرّ له بالإثبات لأنه يدعي الزيادة فإن أثبت فيها وإن عجز طلب يمين المقرّ أجيب إلى طلبه لأنه منكر فإن حلف ألزم بما بينه وإن نكل عن اليمين ألزم بما ادعاه المقرّ له.

(الإقرار بالعام)

اعلم أن الفقهاء عندهم نوع من أنواع الإقرار يقال له الإقرار بالعام كما إذا قال شخص جميع ما هو تحت يدي من قليل وكثير هو لفلان وحكم هذا النوع هو الصحة وحينئذ يؤمر المقر بتسليم جميع ما يمتلكه وقت الإقرار إلى المقرّ له ولا يلزم بتسليم ما يمتلكه بعد الإقرار لعدم تناول الإقرار له.

(الإقرار المصحوب بالاسم المستعار)

إذا كان شخص يملك عيناً أو ديناً بموجب عقد فاعترف بها لآخر وقال إن اسمه الموجود في العقد مستعار صدق في ذلك ويترتب عليه أنه إذا كان لشخص بيت يتصرف فيه تصرف الملاك في أملاكهم وكانت هناك وثيقة محررة باسمه فاعترف بأنه اشتراه لفلان والدراهم التي أعطاها في ثمنه هي ماله أيضاً، والاسم المحرر في السند مستعار صح ذلك فيكون قد أقرّ بأن البيت مملوك للمقرّ له وحينئذ يؤمر بتسليمه له.

(إقرار المريض)

لما كانت تصرفات المريض تخالف تصرفات الصحيح بين الفقهاء، أحكام تصرفات المريض في مبحث على حدته ولكن ليس كل مريض يكون حكم تصرفه مخالفاً لحكم تصرفات الصحيح بل المريض مرض الموت.

وقد اختلفوا في تعريف مرض الموت على أقوال كثيرة ولكن المعول عليه منها أنه هو المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج البيت ويكون الغالب فيه موت المريض.

ومن حيث إن موضوعنا هو الإقرار فنقتصر عليه وحينئذ فيمكنك أن تقول إن للشخص إذا أقرّ لغيره وهو مريض مرض الموت فلا يخلو الحال من أحد أمرين: **الأول** أن يكون إقراره لغير وارث، **الثاني** أن يكون لوارث.

فإن كان الأول نفذ إقراره ولو أحاط بجميع ماله والقياس يقتضي أن لا ينفذ إلا من الثلث لتعلق حق الورثة بالثلثين بسبب المرض الذي هو مقدمة الوفاة، ولكن ترك القياس لما ورد عن ابن عمر وهو «إذا أقرّ الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بجميع ماله وإن أقرّ لوارث فغير جائز إلا أن يصدقه بقية الورثة» (انظر وتأمل).

وإن كان الثاني وهو ما إذا كان الإقرار لوارث توقف على تصديق بقية الورثة ولو قل المقرّ به فإن شاؤوا نفذوه وإن أرادوا إلغاءه أبطلوه والسبب في ذلك أنهم اعتبروا الإقرار في هذه الحالة وصية والوصية لا تنفذ لوارث ولو كان الموصى به قليلاً إلا بإجازة بقية الورثة ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان المقرّ به ديناً أو عيناً.

(معرفة الوارث وغير الوارث)

لما كان حكم الإقرار لغير الوارث في مرض الموت يخالف

حكمه للوارث كان لا بدّ من معرفة كل منهما حتى يكون الحكم صحيحاً في الحالتين والذي نص عليه الفقهاء في هذا الموضوع أن الشخص المقر له يعتبر وارثاً متى قام به السبب وقت الإقرار ولم يمنع من ميراثه مانع عند الموت، فلو أقرّ لغير وارث بهذا المعنى جاز وإن صار وارثاً بعد ذلك بشرط أن يكون إرثه بسبب حادث بعد الإقرار فلو أقر لأجنبية ثم تزوجها ومات وهي على ذمته صح هذا الإقرار لأن السبب وهو الزوجية لم يكن موجوداً وقت الإقرار بل وجد بعده، وهذا بخلاف الوارث في الوصية فإن الفقهاء نصوا على أن العبرة بكون الموصى له وارثاً أو غير وارث وقت الموت (تأمل واحكم).

قضاء الديون من التركة

قد علمت أنه متى أقر شخص وهو مريض مرض الموت بدين عليه لأجنبي نفذ هذا الإقرار من كل ماله ولكن هذا الدين يسمى دين المرض فهو يؤخر في القضاء عن دين الصحة ودين الصحة هو ما لزم الشخص في حال صحته سواء علم بالبينة أو بالإقرار، وما لزمه في حال مرضه بسبب معروف كالشراء والزواج. وأما دين المرض فهو ما أقرر به في مرض موته وليس هناك طريق لإثبات هذا الدين إلا الإقرار.

فإذا توفي شخص وعليه ديون ولكن كان بعضها ديون صحة وبعضها ديون مرض وكانت التركة لا تفي بكل الديون بدأنا أولاً

بتسديد ديون الصحة فإن بقي شيء قضينا منه ديون المرض ويوزع الباقي على الدائنين بنسبة ديونهم وينبني على ذلك أن المريض إذا أراد أن يقضي بعض الديون دون البعض الآخر وكانت الديون مختلفة في الحكم بأن كان بعضها ديون صحة والبعض الآخر ديون مرض ثبت لأصحاب ديون الصحة المعارضة في قضائه ديون المرض لأن حقهم مقدم.



الاستثناء

الاستثناء هو الإخراج بألا أو إحدى أخواتها. والمراد بالإخراج بيان أن المستثنى لم يدخل في حكم المستثنى منه فمن قال لآخر لك عليّ عشرون درهماً إلا خمسة أراد الحكم من أول الأمر أن في ذمته خمسة عشر درهماً وهذا معنى قولهم: هو تكلم بالباقي بعد الثنيا. والاستثناء صحيح معتبر بشروط:

الأول: أن يكون متصلاً اتصالاً عرفياً فلا يضر الانقطاع بنحو سعال أو تنفس ويضر ما كان بغير عذر.

الثاني: أن لا يكون مستغرقاً للمستثنى منه بلفظه أو ما يساويه فإن استغرق على هذا النحو بطل وينبني على ذلك أنه إذا قال شخص لفلان على مائة درهم إلا مائة أو إلا تسعين وعشرة بطل الاستثناء. أما إذا لم يكن بلفظه ولا بما يساويه فإن الاستثناء يصح ولو استغرق المستثنى منه وينبني على ذلك أنه إذا قال رجل نسائي طوالق إلا هؤلاء وأشار إلى نسائه جميعهن صح الاستثناء كما يصح ما بقي شيء تحت المستثنى منه ولو كان قليلاً كما إذا قال له على مائة إلا تسعة وتسعين فإن ذلك يكون اعترافاً بواحد (تأمل).

البينة

اعلم أن البينة تطلق في الأصل على كل ما يبين الشيء ويظهره.

ولكن الفقهاء خصوها بشهادة الشهود ولذلك جعلوها قسيماً للإقرار والنكول عن اليمين في ذكر لفظ البينة في كلامهم فلا يراد به إلا الشهادة.

والحجة الأولى لإثبات الدعوى هي الإقرار وقد عرفت جميع مباحثه وأما الحجة الثانية فهي الشهادة.

فمتى سأل القاضي المدعى عليه عن الدعوى فأنكرها وطلب البينة من المدعي فأقامها وتحرى القاضي عنها بالتزكية الشرعية حكم للمدعي فوراً وإن لم يطلب الحكم فلا يجوز تأخير الحكم بعد ذلك إلا في ثلاث مسائل:

الأولى: إذا كانت عنده ريبة في الشهود فإنه يؤخر الحكم إلى أن تزول ريبته بالتحقق.

الثانية: إذا كان راجياً الصلح سواء كان بين الأقارب أو الأجانب لأن القضاء يورث الضغينة فيحترز عنها متى أمكن.

الثالثة: إذا طلب من القاضي إمهال بأن أقام المدعي بينة فاستمهل المدعى عليه من القاضي حتى يأتي بالدفع فإنه يجيبه ولا يعجل بالحكم بل ينتظر ثلاثة أيام.

ومباحث الشهادة كثيرة وإليك بيانها بالتفصيل.

تعريف الشهادة

الشهادة لها معنيان: معنى في اللغة، ومعنى في الاصطلاح، فهي في اللغة إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان لأنها مشتقة من المشاهدة وهي تنبىء عن المعاينة. ومعناها في اصطلاح الفقهاء هو إخبار الإنسان بحق لغيره على غيره.

والمخبر يسمّى شاهداً والمخبر له يسمّى مشهوداً له والمخبر عنه يسمّى مشهوداً عليه والحق يسمّى مشهوداً به.

ركن الشهادة

ركن الشهادة لفظ أشهد فلا يقبل فيها غيره حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا نقبل شهادته لأن النصوص ناطقة بالإشهاد فلا يقوم غيره مقامه لما فيه من زيادة التوكيد. فامتناع الشاهد عن الكذب بهذا اللفظ آكد من غيره لتضمنه معنى مشاهدة وقسم وإخبار للحال، فكأن الشاهد يقول أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأخبر به الآن وهذه المعاني لا توجد في غيره من الألفاظ كلفظ أعلم وأتيقن وإن كان يؤدي المعنى (تأمل).

وجوب أداء الشهادة

الحقوق المشهود بها إما أن تكون حقاً لله تعالى وإما أن تكون حقاً للعبد فإن كان الأول وجب الأداء على الشاهد وإن لم يطلب كشرب الخمر والطلاق والرضاع. وإن كان الثاني فإما أن يطلبه المدعي للشهادة أو لا. فإن لم يطلبه فلا يجب عليه الأداء.

ومع ذلك فقد نصوا على أن الشاهد لا يلزمه الأداء عند الطلب إلا بشروط:

الأول: أن يعلم أن القاضي يقبل شهادته.

الثاني: أن يتعين عليه الأداء فإن لم يتعين بأن كانوا جماعة فأدى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت لم يأثم.

الثالث: أن لا يخبره عدلان ببطلان المشهود به ويتفرع على هذا أنه إذا أخبر الشاهد عدلان أن المدعي قبض دينه لا يسعه أن يشهد بالدين.

الرابع: أن يكون القاضي الذي طلب لأداء الشهادة عنده عدلاً فإن كان غير عدل فله أن يمتنع عن الأداء حتى يشهد عند قاضي عدل (تأمل).

الخامس: أن لا يقف الشاهد على أن المقرّ أقرّ خوفاً فإن علم ذلك فلا تحلّ له الشهادة (انظر).

السادس: أن يكون الشاهد قريباً من موضوع القاضي. فإن كان بعيداً بحيث لا يمكنه أن يذهب إلى القاضي لأداء الشهادة

ويرجع إلى محل إقامته في يومه قالوا: لا يأثم لأنه يلحقه الضرر بذلك (تأمل).

(شروط الشهادة)

اعلم أن شروط الشهادة تنقسم انقساماً أولياً إلى قسمين: **الأول** شروط تحمل. **الثاني** شروط أداء وإليك بيانها.

(شرائط التحمل)

يشترط في تحمل الشهادة ثلاثة شروط:

الأول: العقل فلا يصح تحملها من مجنون وصبي لا يعقل لأن تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك إلا بآلة الفهم والضبط وهي العقل.

الثاني: البصر فلا يصح تحملها من الأعمى لأن الشرط هو السماع من الخصم ولا يعرف كونه خصماً إلا بالرؤية لأن الصوت يشبه الصوت خصوصاً إذا أريد التلبيس.

الثالث: أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره لقوله عليه الصلاة والسلام (إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع) ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعاينة بنفسه.

ولكن يستثنى من الشرط الأخير ستة أشياء يصح التحمل فيها بالتسامع وستعرفها في مبحث الشهادة بالسماع. فلا يشترط

للتحمل البلوغ والحرية والإسلام حتى لو كان وقت التحمل صبياً عاقلاً أو عبداً أو كافراً ثم بلغ الصبي أو عتق العبد أو أسلم الكافر فشهدوا عند القاضي قبلت شهادتهم.

شروط الأداء

أما شرائط الأداء فستة أنواع: منها ما يرجع إلى الشاهد، ومنها ما يرجع إلى نفس الشهادة، ومنها ما يرجع إلى مكانها، ومنها ما يرجع إلى المشهود به، ومنها ما يرجع إلى المشهود له، والمشهود عليه، وإليك بيان الجميع.

(ما يرجع إلى الشاهد من الشروط)

الشروط التي يشترط وجودها في الشاهد حتى تكون شهادته مقبولة كثيرة ولكن يمكن إدخالها تحت ثلاثة قواعد:

1 ـ أن يكون الشاهد من أهل الولاية والتمييز والنطق.

2 ـ أن لا يرد نص صريح بعدم قبول شهادته.

3 ـ أن لا تكون هناك شبهة في شهادته.

ويترتب على الأول أن الشاهد لا بدّ أن يكون عاقلاً بالغاً حراً فلا تقبل شهادة المجنون والصبي الذي لا يعقل وكذا شهادة الصبي العاقل والرقيق لأن الشهادة من باب الولاية وكل من المذكورين لا ولاية لهم على أنفسهم فلا تثبت لهم الولاية على

غيرهم من باب أولى ولا بدّ أن يكون بصيراً فلا نقبل شهادة الأعمى سواء كان بصيراً وقت التحمل أو لا لأنه لا بد من التمييز بين المشهود له والمشهود عليه، والأعمى لا يمكنه ذلك ولا فرق في هذا بين ما إذا كان المشهود به مما يدرك بحاسة السمع أو بحاسة البصر لأنه إن كان مما يعلم بحاسة البصر فالأمر ظاهر وإن كان مما يعلم بحاسة السمع فلأن الشهادة تفتقر إلى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما إلا بالصوت فيخشى عليه من التلقين من الخصم إذ الصوت يشبه الصوت، وأن يكون ناطقاً فلا تقبل شهادة الأخرس لأن مراعاة لفظ أشهد شرط لصحة أداء الشهادة بالإجماع وهو لا يتحقق منه.

ويترتب على الثاني أن المحدود في القذف لا تقبل شهادته لقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾. وقال الإمام الشافعي تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى في الآية المتقدمة ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ لأن الاستثناء إذا تعقب جملة بعضها معطوف على بعض ينصرف إلى الكل.

ويترتب على الثالث أن لا يجر الشاهد لنفسه مغنماً أو يدفع عنها مغرماً فلو كان في الشهادة ذلك لم تقبل والفروع كثيرة جداً: منها أنه لو أوصى شخص إلى رجلين فجاء رجل وادعى ديناً على الميت وقضى الوصيان هذا الدين بغير حجة ثم شهدا له بالدين لم تقبل شهادتهما ويضمنان مثل الدين الذي أعطياه له لأن فيها دفع مغرم عنهما.

ومنها شهادة الكفيل بالدين أو النفس بأن المكفول عنه أدى الدين الذي كانت الدعوى والكفالة لأجله لأنه يجر بها نفعاً لنفسه إذ لو ثبتت براءة الأصيل بشهادته بريء هو من المال في الكفالة بالدين ومن المطالبة في الكفالة بالنفس.

ومنها أنه إذا ادعى رجل على آخر بيع بيت مثلاً فأنكر فشهد اثنان بالبيع وهما شفيعان للمبيع ويطلبان الشفعة لا تقبل شهادتهما لجر المغنم لأنفسهما.

وقس على هذه الفروع غيرها.

وأن لا يكون الشاهد أصلاً أو فرعاً للمشهود له من جهة النسب وأن لا تكون بينهما زوجية.

فلو كان كذلك لم تقبل لقوله عليه الصلاة والسلام (لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته) ولأن المنافع بين هؤلاء متصلة فتكون في الشهادة شبهة فلا تقبل، وحينئذ تقبل شهادة الرجل لأخيه وعمه وخاله وابن عمه الخ الأقارب غير الأصول والفروع لأن الأملاك بينهم متميزة والأيدي متحيزة. وتقبل شهادة الرجل لأبويه رضاعاً وغيرهما كما تقبل شهادة الرجل لأم امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة أبيه.

وأن لا يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دنيوية لأن العداوة لأجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول على غيره.

وأن لا يكون الشاهد شريكاً للمشهود له فيما هو من شركتهما لأنها شهادة لنفسه من وجه فوجدت الشبهة.

وأن لا يكون الشاهد عدلاً فلا تقبل شهادة من ليس بعدل لأن الشهادة خبر وهو يحتمل الصدق والكذب والحجة هي الخبر الصادق فبالعدالة تترجح جهة الصدق.

وهكذا اختلفوا في تفسير العدالة وأحسن ما قيل فيها ما ورد عن أبي يوسف من أنها اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر مع كون صلاح الرجل أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئه.

ما يرجع إلى نفس الشهادة من الشروط

يشترط في الشهادة أن لا تكون على خلاف المحسوس وينبني على هذا أنه لو شهدت الشهود يموت أحد وحكم القاضي بوفاته ثم تحققت حياته ردت هذه الشهادة ولو صدر الحكم بها انتقض وأنه إذا شهد الشهود بأن الموقوف خرب فحكم القاضي بناءً على شهادتهم باستبداله ثم شهدت بينة أخرى لدى الحاكم بأن الموقوف عامر من حين الاستبدال إلى هذا الوقت وكان الحس يقضي بأن عمارته أو أن الاستبدال هي العمارة القائمة في هذا الوقت بطلت الشهادة ويبطل القضاء تبعاً لها إذ هو مبني على بينة يكذبها الحس فهو بمنزلة من تحققت حياته بعد الحكم بوفاته والفروع كثيرة.

وأن لا تكون الشهادة على النفي الصرف فلو شهدوا بأن فلاناً ما فعل هذا الأمر أو أن فلاناً ليس مديوناً لفلان لم تقبل لأن الشاهد لا يحيط علمه بذلك. فلو أقيمت البينة على النفي المقيد قبلت كما إذا ادعى شخص على آخر أنه أقرضه مقدار كذا من الدراهم في وقت معلوم ومحل مخصوص فأقام المدعى عليه بينة بأنه لم يكن بالمحل المذكور في الوقت المذكور بل كان في محل آخر قبلت، وهذه البينة في الحقيقة أقيمت على إثبات شيء (وهذه هي شهادة النفي التي تقدم في المحاكم الآن في الأمور الجنائية).

وتقدم الدعوى في الشهادة على حقوق العباد لأن الشهادة فيها إنما شرعت لتحقيق قول المدعي ولا يتحقق قوله إلا بدعواه.

وأما حقوق الله تعالى فلا يشترط فيها تقدم الدعوى كأسباب الحرمان من الطلاق والرضاع. وعلى هذا يجب على الشاهد أن يشهد على حقوق الله تعالى وإن لم يطلب لأداء الشهادة.

الشروط التي ترجع إلى مكان الشهادة

ما يشترط في مكانها شرط واحد وهو أن تكون في مجلس القضاء فكل شهادة في غيره لا تعتبر لأن الشهادة لا تصير حجة ملزمة إلا بقضاء القاضي فتختص بمجلسه وينبني على ذلك أنه لو أحضر المدعي شهوداً أمام المحكمة فامتنعوا عن أداء الشهادة

فادعى أنهم شهدوا في غير هذا المجلس وأراد تحليفهم لم يلتفت إلى قوله.

(الشروط التي تلزم في المشهود به)

يشترط في المشهود به شرط واحد وهو أن يكون معلوماً لأن فائدة الشهادة إلزام المدعى عليه ولا إلزام بمجهول ولكن المعلومية تختلف باختلافه.

وبيان ذلك أن المشهود به إن كان ديناً في الذمة سواء كان من النقود أو المكيلات والموزونات فطريق العلم به أن يمين الشاهد جنسه ونوعه ووصفه ومقداره.

وإن كان المشهود به عيناً فإن كانت منقولة وهي موجودة في مجلس القضاء فمعلوميتها تكون بالإشارة إليها وإن كانت هالكة كانت الشهادة بالقيمة وهي دين فتعرف بما يعرف به الدين المار آنفاً. وإن كان المشهود به عقاراً فإن كان قريباً من مجلس القضاء فمعلوميته تكون بالإشارة إليه من غير تحديد، لأن الإشارة أقصى ما يمكن في التعريف. وإن كان بعيداً فإن كان مشهوراً فمعلوميته تكون بذكر العقار فقط من غير تحديد وإن لم يكن مشهوراً فلا بدّ من تحديده بذكر حدوده الأربعة وأسماء أصحابها وأنسابهم. وإن كان المشهود به عقداً فمعلوميته تكون ببيانه بياناً كافياً لا سبيل إلى اللبس معه كبيع أو إجارة أو رهن أو إيداع أو قرض أو خلع الخ. ولا بد من بيان البدلين إذا كان في العقد ذلك. وإن

كان المشهود به فعلاً كالغصب والقتل والسرقة كانت المعلومية ببيان كل شيء يتعلق به. وإن كان المشهود به إسقاطاً كالطلاق فلا بد من بيان هل هو رجعي أو بائن الخ.

وإن كانت الشهادة بنسب فلا بد من بيانه كما تقدم في الدعوى.

وإن كانت الشهادة بإرث فلا بد لصحتها من خمسة شروط:

الأول: الجر فإذا قال الشهود نشهد بأن العين المدعاة كانت للميت فلا بد من الجر بأن يقولوا مات وتركها ميراثاً لهم أو يقولوا كانت لمورثهم وقت موته أو كانت في يده أو في يد من يقوم مقامه كالمستعير والمستأجر والمودع.

الثاني: بيان سبب الوارثة كالأخوة والعمومة.

الثالث: أن يبين الشهود أنه أخوه (مثلاً) لأبويه أو لأحدهما لأن الاستحقاق يختلف باختلاف هذه الأوصاف فلا بدّ من البيان حتى يعلم مقدار الاستحقاق. ولا بدّ في هذه الحالة من أن ينسبوا الوارث والمورث حتى يجتمع نسبهما في أب واحد.

الرابع: قول الشهود إن المدعي وارث للمتوفى. وهذا إذا كان المشهود له تارة يرث وتارة يحجب وفي هذه الحالة لا بدّ أن يقول الشهود أيضاً لا نعلم له وارثاً سواه ولكن هذا ليس شرطاً لصحة القضاء بل لإسقاط التلوم عن القاضي.

الخامس: أن يدرك الشهود الميت فإن لم يدركوه فالشهادة باطلة لعدم معاينة السبب (تأمل).

الشروط التي تلزم في المشهود له والمشهود عليه

يشترط في قبول الشهادة بالنسبة للمشهود له والمشهود عليه أن يكون كل منهما مميزاً عن غيره والتمييز يختلف باختلاف الأحوال وبيان ذلك أنهما إذا كانا حاضرين في مجلس القضاء فلا بدّ من الإشارة إليهما عند الشهادة لأنها كافية في التمييز فلا يشترط ذكر الاسم والنسب معها.

وإن كانا غائبين فإن كان كل منهما مشهوراً ومعروفاً كان التمييز بذكر الاسم واللقب فقط لأن المقصد الأصلي تعريفه بوجه يميزه عن غيره وهذا كافٍ حتى لو كان يعرف بصناعة ولم يكن هناك من يشاركه فيها وكفى ذكر الاسم والصنعة.

وإن كان غير مشهور فلا بدّ من نسبته إلى الأب والجد ويكفي ذلك متى عرف به فإن لم يعرف فلا بد من ذكر الصفة ومحل الإقامة حتى يميز عن غيره تمييزاً كافياً.

نصاب الشهادة

اعلم أن نصاب الشهادة يختلف باختلاف المشهود به وهو على أربع مراتب:

المرتبة الأولى: نصابها أربعة من الذكور وذلك في الشهادة على الزنى خاصة والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ الآية، وقوله عليه الصلاة والسلام

لمن ادعى الزنى: «**إئت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك**» وهذه الألفاظ موضوعة للمذكر دون المؤنث.

المرتبة الثانية: نصابها رجلان فلا تقبل فيها شهادة النساء أصلاً وذلك في الشهادة على بقية الحدود والقصاص لأن شهادة النساء فيها شبهة البداية لأن كل اثنتين منهن قائمة مقام رجل فلا تقبل فيما يدرأ بالشبهات البدلية لأن كل اثنتين منهن قائمة مقام رجل فلا تقبل فيما بدأوا بالشبهات.

المرتبة الثالثة: نصابها رجلان أو رجل وامرأتان فلا تقبل شهادة النساء وحدهن وذلك في الشهادة على حقوق العباد سواء كانت هذه الحقوق مالاً أو غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والإيصاء والبيع والإجازة الخ لقوله تعالى في الكلام على المداينة: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰۚ﴾.

المرتبة الرابعة: نصابها فرد واحد وذلك في مواضع منها في المحال التي لا يطلع عليها إلا النساء وذلك بالنسبة للمال فقط كالولادة والبكارة وعيوب النساء فتقبل فيها شهادة امرأة واحدة والثنتان أحوط ولكن لا بد من العدالة ومنها حوادث الصبيان كصبيان المكتب وصبيان الحرفة فتقبل فيها شهادة المعلم منفرداً ومنها ترجمة الشاهد والخصم فإذا كان القاضي لا يعرف لغة

المدعي أو الشاهد فترجم له من يعرف لغة أحدهما باللغة التي يعرفها القاضي كفى في ذلك واحد.

الشهادة بالتسامح

الأصل أن الشخص لا يجوز له أن يشهد إلا بما رأى وعاين لأن الشهادة هي إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «**إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع**» ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعاينة.

ولكن الفقهاء استثنوا من هذا مسائل فقالوا يجوز للشخص أن يشهد بها وإن لم يعاين وهذه المسائل منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه.

المسائل المتفق عليها

هي ست مسائل وهي: النسب، والموت، والنكاح، والدخول بالزوجة، وولاية القاضي، وأصل الوقف.

فإذا سمع الرجل من الناس أن فلاناً هو ابن فلان أو رأى رجلاً يدخل على امرأة وسمع من الناس أنه زوجها أو شهد العرس والزفاف أو أن فلاناً قاضى بلد كذا أو والياً على جهة كذا أو سمع الناس يقولون إن فلاناً قد مات أو رآهم صنعوا به ما يصنعون بالموتى أو سمع أن الأرض الفلانية وقف جاز له أن

يشهد وإن لم يعاين الولادة على فراشه أو عقد النكاح أو الدخول بالزوجة أو تقليد الإمام إياه قضاء هذه البلدة أو الموت أو صدور الوقف من الواقف.

معنى التسامح

وقد اختلفوا في معنى التسامع فقال محمد لا بد أن يشتهر ذلك ويستفيض وتتواتر به الإخبار عند الشاهد من غير اتفاق فعلي هذا إذا أخبره بالخبر رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له أن يشهد، وقال الخصاف إذا أخبره رجلان أو رجل وامرأتان تحل له الشهادة بالمخبر به مستدلاً بحكم الحاكم فإنه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه.

الشهادة على البت في هذه الأشياء

ولا بد أن يشهدا في كل ذلك على البتات والجزم فلا يقول الشاهد أنا لم أعاين ذلك ولكن سمعت حتى لو شهد كذلك لم تقبل شهادته (تأمل واحكم).

السبب في قبول الشهادة بالتسامع في الأشياء المذكورة

السبب أن هذه الأشياء يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض العصور فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج

وتعطيل الأحكام ولو تعلقت الشهادة بحقيقة علم النسب أدى إلى عدم الشهادة به أصلاً لأن سبب النسب حمل المرأة من الرجل ولا علم للبشر فيه وسبب القضاء التولية ولا يحضره إلا الوزير وأمثاله وكذا الدخول لا يعرفه إلا الزوجان فاكتفى في الكل بالدليل الظاهر.

(المسائل المختلف فيها)

وبعضهم زاد على الستة المذكورة أربعة فقال إن الشهادة فيها بالتسامع مقبولة أيضاً وهي الولاء والعتق والمهر وشرائط الوقف (وهو الظاهر).

في موافقة الشهادة للدعوى

الحقوق المشهود بها تنقسم إلى قسمين: **الأول**: الحقوق التي لا يشترط في الشهادة بها تقدم الدعوى. **الثاني**: الحقوق التي يشترط فيها ذلك.

فالنوع الأول هو من حقوق الله تعالى كأسباب الحرمات من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصة حقاً لله تعالى كحد الزنى وشرب الخمر ومثلهما الوقف والنسب، وهذا النوع لا يشترط فيه موافقة الشهادة للدعوى لأن تقدم الدعوى إذا لم يكن شرطاً كان وجودها كعدمها فلا يضر عدم التوافق، وينبني على ذلك أن المرأة إذا ادعت على زوجها أنه وكل فلاناً بطلاقها وقد أوقع الوكيل

الطلاق فشهد الشهود بأنه طلقها بنفسه قبلت الشهادة ويحكم القاضي به وكذلك إذا ادعت طلاقاً بائناً ببينونة صغرى فشهدوا بالبينونة الكبرى أو ادعت الطلاق في زمان معين أو مكان معين فخالفها الشهود فيهما قبلت ومثل الطلاق غيره مما ذكر فلا تضر فيه المخالفة. والنوع الثاني هو حقوق العباد كالبيع والإجارة والدين والوصية الخ. وهذا النوع لا تقبل فيه الشهادة إلا إذا وافقت الدعوى لأن الشهادة إنما وضعت لتصديقها فإذا خالفتها فقد كذبتها فتكون الشهادة قد فقدت شرط تقدم الدعوى فلا يحكم بها، ولكن لا يشترط أن تكون الموافقة موجودة صورة ومعنى، بل الموافقة في المعنى كافية لأن العبرة للمعاني لا للألفاظ ومن الموافقة في المعنى ما إذا شهد الشهود بأقل من المدعى به أما إذا شهدوا بأكثر منه فلا تكون مقبولة إلا إذا حصل التوفيق بالفعل وإذا خالفتها صورة ومعنى كانت غير مقبولة وينبني على ذلك ما يأتي:

أولاً: إذا ادعى رجل أن فلاناً باع له بيته الفلاني بثمن مقداره كذا فشهد الشهود بذلك كله قبلت الشهادة لموافقتها للدعوى صورة ومعنى وهكذا من الجزئيات التي لا تدخل تحت حصر فلو شهدوا في الدعوى المذكورة بهبة أو رهن أو وصية مثلاً ردت لمخالفتها للدعوى صورة ومعنى.

ثانياً: إذا كان المدعى وديعة وشهدت الشهود على إقرار المدعى عليه بالإيداع أو كان المدعى غضباً فشهد الشهود على إقرار المدعى عليه بالغضب قبلت الشهادة لحصول المقصود.

ثالثاً: إذا ادعى رجل على آخر ديناً مقداره ألف جنيه مثلاً وشهد الشهود بستمائة قبلت الشهادة بدون توفيق لأنهم شهدوا بأقل من المدعي فقد اتفق الشهود والمدعي على الستمائة فتقبل بالنسبة إليها دون الزيادة فلو أراد إثباتها ببرهان آخر قبل منه ذلك.

رابعاً: إذا ادعى رجل على آخر ديناً مقداره ألف جنيه فشهد الشهود بألف وخمسمائة ردت هذه الشهادة لأنها بأكثر من المدعي فلا تقبل إذ المدعي يكذب الشهود في دعواهم الزيادة ولكن إذا وفق المدعي بقوله كان لي عنده هذا المبلغ فقضى لي منه خمسمائة وبقيت عليه الألف وليس للشهود علم بذلك قبلت.

خامساً: إذا ادعى شخص على آخر ألف جنيه وإنها ثمن مبيع باعه إياه وشهد الشهود بأنه قرض فلا تقبل الشهادة لاختلاف الدينين فتكون الشهادة مخالفة للدعوى فلا تقبل.

موافقة الشهادة للشهادة

كما أنه يشترط لقبول الشهادة موافقتها للدعوى يشترط أيضاً لقبول الشهادة موافقة الشهود لبعضهم لأن اختلافهم يوجب عدم تمام النصاب في الشهادة فلا يثبت المدعى به، ولذا لو كان الشهود أكثر من النصاب المطلوب ووافق النصاب الدعوى قبلت ولو خالف البعض الآخر ولكن لا يشترط أن تكون الموافقة لفظاً ومعنى بل الموافقة في المعنى كافية.

وينبني على ذلك أنه إذا كان المدعى به نكاحاً فشهد

أحدهما به والآخر بالتزويج أو كان المدعى به هبة فشهد أحدهما بها والآخر بالعطية قبلت لاتحاد المعنى في أصل الوضع.

وأنه إذا كان المدعى به ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بهما والآخر بألف قبلت على الألف لاتفاقهما عليه في المعنى.

ولا فرق في الاختلاف المانع من قبول الشهادة بين أن يكون في جنس المشهود به أو في بدله أو في مكانه أو في زمانه.

ويترتب على هذا ما يأتي:

أولاً: إذا اختلف الشاهدان في جنس المشهود به بأن كان المدعى به بيعاً فشهد أحدهما به والآخر بالهبة فلا تقبل لاختلاف العقدين صورة ومعنى فلم يتم نصاب الشهادة على المدعي.

ثانياً: إذا اختلف الشهود في مقدار البدل في دعوى العقد بأن شهد أحدهما أنه باعه له بألف جنيه وشهد الآخر بألفين ردت الشهادة لأن اختلافهما على هذه الصورة يوجب اختلافاً في المشهود به.

ثالثاً: إذا كان المدعى به غصباً في زمان أو مكان معين فشهد أحد الشاهدين به كما قال المدعي وشهد الآخر به في زمان أو مكان آخر ردت لأن اختلافهما بهذه الصورة يوجب اختلاف في المشهود به فلا تقبل وعلى فرض حصوله مرتين فلا تقبل أيضاً لعدم تمام النصاب على واحد منهما.

رابعاً: إذا اختلف الشاهدان في آلة الفعل كما إذا كان المدعى قتلاً فشهد أحدهما بأنه قتل بعصا وشهد الآخر بالقتل بسكين ردت الشهادة لأن القتل بالعصا غير القتل بالسكين

فاختلافهما هذا مؤد إلى اختلافهما في المشهود به وكذلك الحكم إذا اختلفا في محل القتل أو في زمنه.

طلب اليمين مع البينة

إذا أحضر المدعي البينة في مجلس القضاء وطلب يمين المدعى عليه فلا يجاب إلى طلبه اتفاقاً لأن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لقوله عليه الصلاة والسلام للمدعي ألك بينة، فقال: لا، فقال: لك يمينه فقد رتب اليمين على عجز المدعي عن البينة.

أما إذا لم يحضر المدعي بالبينة في المجلس فإن ادعى أنها حاضرة في المصر وطلب يمين المدعى عليه قال الإمام الأعظم لم يجب إلى طلبه أيضاً لما تقدم ولكن يأخذ القاضي من المدعى عليه كفيلاً ثقة بنفسه ثلاثة أيام ليحضره عندما يحضر المدعي البينة وقال أبو يوسف يجاب إلى طلبه لأن اليمين حقه بالحديث المتقدم وهو (لك يمينه) فإذا طالبه به يجيبه (انظر الفرق بينهما).

وإن ادعى أنها غائبة عن المصر وطلب اليمين أجيب إلى طلبه اتفاقاً لأنه عاجز (تأمل).

(التأجيل لاحتضار البينة)

إذا قال المدعي إن لي بينة ووعد بإحضارها أمهله القاضي إلى ثلاث جلسات فإن أحضرها سمعها وإذا لم يحضرها منعه من

الدعوى منعاً مؤقتاً حتى يحضرها فلا تسمع دعواه إلا إذا كانت البينة حاضرة معه.

(نفي المدعي وجود البينة ثم الإتيان بها)

اعلم أنهم اختلفوا فيما لو قال المدعي لا بينة لي أو قال ليس لي بينة إلا فلاناً وفلاناً ثم أراد إقامة بينة في الأولى وأراد إقامة غير من سماهم في الثانية، فقال محمد تقبل لأن التوفيق ممكن إذ يحتمل أن تكون له بينة وكان ناسياً لها وقت قوله ذلك ثم تذكر وقال الإمام الأعظم لا يقبل منه لأنه كذب بينته ويقولون إن الأول هو الصحيح.

(احتياج الحكم بالبينة إلى اليمين معها)

اعلم أنه متى أقام المدعي بينة وثبت للقاضي صدقها حكم له بدون احتياج إلى شيء آخر معها ولكن نص الفقهاء على أن القاضي لا يقضي له في بعض المسائل ولو أثبت ما ادعاه بالبينة إلا بعد يمينه وهذه المسائل منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه فالمتفق عليه مسألتان:

الأولى: إذا ادعى أحد في التركة حقاً وأثبته بالبينة فإن القاضي لا يحكم له إلا بعد أن يحلفه على أنه لم يستوفِ هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه من الوجوه ولا أبرأ منه ولا أحاله على غيره ليستوفيه منه وليس للميت في مقابلة هذا

الحق رهن عنده فإن حلف على ذلك قضى له وإن لم يحلف رفض دعواه.

الثانية: إذا طلبت زوجة الغائب من القاضي أن يفرض لها النفقة عليه وأثبتت الزوجية بالبينة وأتت بكفيل يضمنها فيما تأخذه من النفقة فإن القاضي لا يقضي لها بها إلا بعد تحليفها على أن زوجها الغائب لم يجعل لها النفقة قبل سفره وإنها لم تكن ناشرة وإنها لم تكن مطلقة وانقضت عدتها.

فإن حلفت على ذلك قضى لها بالنفقة وإن لم تحلف رفض دعواها ويقال لهذا اليمين يمين الاستظهار.

وأما المسائل المختلف فيها فهي أربعة:

الأولى: إذا استحق أحد مالاً وأثبت دعواه بالبينة حلفه القاضي على أنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه فإن حلف حكم له وإلا فلا.

الثانية: إذا أراد المشتري رد المبيع بعيب وأثبته حلفه للقاضي على أنه لم يرض بهذا العيب قولاً أو دلالة.

الثالثة: إذا طلب الشفيع المبيع بالشفعة وأثبت كل ما يخول له الحق فيها فإن القاضي لا يقضي له بها إلا إذا حلفه على أن شفعته لم تسقط بوجه من الوجوه فإذا لم يحلف لا يقضى له.

الرابعة: إذا زوج الصغيرة غير الأب والجد للكفء وبمهر

المثل وبلغت فاختارت نفسها بالبلوغ ورفعت الأمر إلى القاضي طالبة فسخ عقد الزواج والتفريق بينها وبين زوجها وأثبتت ذلك فلا يفرق القاضي إلا إذا حلفها على أنها اختارت نفسها وقت بلوغها فإن حلفت قضى بالتفريق وإن لم تحلف رفض دعواها.

والقائل بالتحليف في هذه المسائل هو أبو يوسف فانظر السبب.

(في الشهادة على الشهادة)

اعلم أن الأصل والقياس أن الإنسان إذا شاهد حادثة وجب عليه أن يؤدي الشهادة بنفسه وليس لغيره أن ينوب عنه في الشهادة لأن النائب لم يشاهد ما شاهد من أنابه ولكن لما كانت الحاجة ماسة إلى ذلك في بعض الأحايين سوغ الفقهاء الشهادة على الشهادة استحساناً إذ المشاهد قد يتعذر عليه أداء الشهادة لموت أو مرض أو سفر فلو عملنا بالقياس لضاعت حقوق شتى ولكن ذلك خاص بالحقوق التي لا تسقط بالشبهة فلا تجوز في الحدود والقصاص وتجوز في غيرهما ومع ذلك فلا بد لها من شروط خمسة:

الأول: تعذر وجود الأصيل بمجلس القضاء لسبب موت أو سفر مدة القصر.

الثاني: أن يشهد على كل أصل رجلان أو رجل وامرأتان

فلا تكفي شهادة واحد. لأن نقل شهادة كل من الأصلين حق وهو لا يثبت إلا بحجة تامة.

الثالث: أن لا ينكر الأصيل الإشهاد فإن قال لم أشهد فلاناً على شهادتي لم تقبل شهادة الفرع للتعارض.

الرابع: أن يبقى الأصيل أهلاً لأداء الشهادة حتى يؤدي الفرع (انظر).

الخامس: أن لا يحضر الأصيل قبل القضاء فإن شهد الفرع ولم يحكم القاضي ثم حضر الأصيل لا يقضي بشهادة الفرع.

وكيفية الإشهاد أن يقول الأصل للفرع اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلاناً باع بيته لفلان مثلاً.

وكيفية أداء الفرع الشهادة عند القاضي أن يقول: أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً باع بيته لفلان وقال لي اشهد على شهادتي بذلك.

تزكية الشهود

متى رفعت الدعوى وسئل المدعى عليه فأنكر وكلف المدعي بإثبات دعواه فأحضر شهوداً سأل القاضي كلًّا منهم عن اسمه ولقبه وصنعته أو وظيفته ومحله ونسبه وجهة اتصاله بالخصوم بالقرابة أو بالاستخدام أو غيرهما ثم يسأل كلًّا على انفراده ويبحث معه بحث مدقق حتى تنكشف له درجة شهادته. فإذا لم

يظهر للقاضي ما يرد به شهادتهم سأل المدعى عليه عن رأيه فيهم فإن قال هم صادقون في شهادتهم هذه اعتبر هذا إقراراً منه بالمدعى به فيحكم عليه بإقراره وحينئذ لا احتياج لتزكية الشهود لأن المدعى عليه أقر بالحق فيلزم به.

وإن قال هم عدول ولكنهم أخطأوا في هذه الشهادة أو نسوا الواقعة فلا يحكم القاضي قبل أن يتحقق من عدالتهم وقبول شهادتهم، وهذا يكون بالتزكية سراً وعلناً وقد اختلف الإمام وصاحباه في وجوب التزكية فقال أبو يوسف ومحمد تجب في جميع الحقوق سواء طعن الخصم في الشهادة أو لم يطعن، وقال الإمام الأعظم إن كان الذي يراد الحكم به حداً أو قصاصاً زكى القاضي الشهود وإن لم يطعن الخصم لأنهما يدرآن بالشبهة فيحتاط لإسقاطهما فيستقصي فيهما ابتداء من غير طعن خصم رجاء أن يسقطا.

وإن كان غيرهما فإن طعن الخصم في الشهادة زكى القاضي الشهود إن لم يطعن حكم بدون التزكية. والذي يسأل عن الشهود من له اختلاط ومعرفة بهم.

والتزكية تكون سراً وعلناً. فالتزكية السرية تحصل أولاً وتكون بورقة يعبر عنها في اصطلاح الفقهاء (بالمستورة) ويكتب الحاكم في تلك الورقة اسم المدعى عليه والمدعي وأسماء الشهود وشهرتهم وصنعتهم ومحالهم وأسماء آبائهم وأجدادهم إن

كانوا غير مشهورين، ثم يرسلها إلى من انتخبوا مزكين في ظرف مختوم ومتى أعيدت إليه فإن وجد المزكين كتبوا تحت اسم كل منهم كلاماً يفيد الجرح صراحة أو دلالة بأن كتبوا فيها ليس عدولاً أو لم نعلم بحالهم أو الله أعلم، فلا يقبل شهادتهم وإن وجد أن المزكين كتبوا تحت اسم كل منهم هو عدل مقبول الشهادة انتقل الحاكم إلى المرتبة الثانية وهي التزكية علناً وهي عبارة عن أن يحضر المزكين إلى مجلسه بحضور المترافعين، ويسألهم عن الشهود كما تقدم أو يرسل الشهود والمترافعين إلى محل التزكية مع أمينه فتزكى الشهود علناً بحضرته ويخبره بما رأى ومتى أخبر المزكون بعدالة الشهود حكم القاضي من غير تأخير إلا في ثلاث مسائل عرفتها في أول الشهادة. والأحوط في التزكية السرية أن يكون المزكى اثنين ويكفي فيها واحد وأما التزكية العلنية فهي من قبل الشهادة فيعتبر فيها شروط الشهادة ونصابها ولكن لا يلزم لفظ الشهادة.

(تنبيه)

إذا ألح المشهود عليه على الحاكم بتحليف الشهود بأنهم لم يكونوا في شهادتهم كاذبين وكان هناك لزوم لتقوية الشهادة باليمين فللحاكم أن يحلف الشهود وله أن يقول لهم إن حلفتم قبلت شهادتكم وإلا فلا.

(الرجوع عن الشهادة)

الرجوع عن الشهادة عبارة عن أن يقول الشاهد رجعت عما شهدت به أو كذبت في شهادتي أو شهدت زوراً ولا يصح إلا إذا كان أمام القاضي لأن محل القضاء شرط قبولها فيكون شرطاً في فسخها فلو رجع في غير مجلس القضاء لم يكن صحيحاً فلا يترتب عليه حكم الرجوع.

حكم الرجوع عن الشهادة

الرجوع عن الشهادة إما أن يكون قبل القضاء بها وإما أن يكون بعده وكل له حكم.

حكم الرجوع قبل القضاء

حكمه قبل القضاء هو التعزيز فقط لأن شهادة الزور خيانة ليس فيها حدّ مقدّر. واختلف في التعزير فقال الإمام الأعظم ينادي عليه في المحال العمومية يحذر الناس منه، فيقال هذا شاهد الزور فاحذروه. وقال الصاحبان يضاف إلى التشهير ضرب أسواط وهذا الخلاف إذا تاب. أما إذا أصر على ذلك فإنه يعذر بالضرب اجماعاً.

وفي هذه الحالة (الرجوع قبل الحكم) لا يضمن الشهود شيئاً لأن الشهادة لم يثبت بها حق لأحد لعدم اتصال القضاء بها.

(حكمه بعد القضاء)

الذي يترتب على الرجوع عن الشهادة بعد القضاء بها شيئان وهما تعزير الشهود وتضمينهم.

فالتعزير لارتكابهم جناية لم يرد في شأنها حدّ مقدّر وأما الضمان فلأنهم تسببوا في الاتلاف.

ولا يضمن القاضي لأنه ملزم بالحكم بناءً على الشهادة.

ولا ينقض القضاء لأن آخر كلامهم يناقض أوله وقد ترجح الأول على الثاني لاتصال القضاء به.

ولا فرق في الضمان بين أن يكون الشيء الذي تسببوا في اتلافه نفساً أو مالاً ويترتب على هذا أنهم لو تسببوا في اتلاف النفس بأن شهدوا بما يوجب القصاص فاقتص من المشهود عليه ثم رجعوا ضمنوا الدية ولا يقتص منهم لأنهم لم يباشروا القتل بل تسببوا فيه والحكم يضاف إلى المباشر لا إلى المتسبب (تأمل).

وأنهم لو تسببوا في اتلاف المال ضمنوه ولكن لا يجب الضمان إلا إذا كان الاتلاف بغير عوض، فإن كان بعوض سواء كان مالاً أو منفعة فلا يجب الضمان وينبني على ذلك ما يأتي:

أولاً: إذا ادعى رجل على آخر ألف جنيه قرضاً فشهد الشهود بذلك وقضى على المدعى عليه بها ثم رجع الشهود ضمنوا الألف للمدعى عليه لأنهم أتلفوا عليه هذا المبلغ بدون عوض.

ثانياً: إذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها على مائة جنيه والرجل ينكر فشهد الشهود بذلك وقضى القاضي بالزواج بالمائة ثم رجع الشهود فلا ضمان عليهم إذا كان مهر مثلها كما ادعت لأن اتلاف المال كان بعوض.

ثالثاً: إذا شهدوا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعوا فلا ضمان عليهم وإن كان بأقل من القيمة ضمنوا النقصان فالضمان بقدر المتلف (تأمل).

في رجوع بعض الشهود

قد علمت أنه إذا رجع الشهود بعد القضاء بشهادتهم لم ينقض القضاء ويضمنون المال الذي أتلفوه بشهادتهم فإذا رجع الكل ضمن كل منهم ما يخصه في المال، أما إذا رجع البعض وبقي البعض الآخر مصراً على شهادته فإن الباقي من يثبت المشهود به بشهادته فلا ضمان على أحد لانعدام الاتلاف بل يعزز الراجع فقط. وإن كان الباقي منهم من لا يثبت المشهود به بشهادته ضمن الراجعون قدر التالف بالحصص لأن المعول عليه في ذلك بقاء من بقي من الشهود لا من رجع. وينبني على هذا ما يأتي:

أولاً: إذا كان الحق يثبت بشهادة اثنين فشهد به أربعة أو ثلاثة ثم رجع اثنان في **الأولى** وواحد في **الثانية** فلا ضمان عليهم لأن المشهود به يثبت بشهادة من بقي ويعزز الراجع. فإذا رجع

ثلاثة في **الأولى** أو اثنان في **الثانية** ضمنوا النصف لأن الباقي ثبت بشهادة البعض الباقي (تأمل).

ثانياً: إذا شهد اثنان ثم رجع أحدهما بعد الحكم ضمن النصف لأن الحق قد ثبت بشهادتهما وقد بقي من يثبت بشهادته نصف الحق ورجع من يثبت بشهادته النصف الآخر فوجب أن يضمن النصف فقط ويعذر (تأمل).

ثالثاً: لو رجعت المرأة وبقي رجل وامرأة ضمنت الربع وعزرت بما يناسبها فإن رجعت المرأتان ضمنتا النصف (انظر).



ترجيح البينات

اعلم أن الخصمين تارة يكون أحدهما مدعياً والآخر مدعى عليه فقط كما إذا ادعى شخص على آخر بيع بيت أو ادعى عليه ديناً في ذمته فأنكر حصول البيع ووجود الدين في ذمته وفي هذه الحالة يكلف المدعي بإثبات دعواه فإن أثبتها حكم له، وإن عجز وطلب يمين المدعى عليه أجيب إلى طلبه ووجهت اليمين إليه فإذا أراد المدعى عليه إقامة بينة فلا يلتفت إلى قوله لأنها لا تقبل على النفي المحض.

وتارة يكون كل من الخصمين مدعياً ومدعى عليه كما إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن بأن قال البائع أنه ألف ومائة وقال المشتري أنه ألف فقط وفي هذه الحالة يكلف كل منهما بإقامة البينة من حيث إن كلًّا منهما مدع، وقد قال عليه الصلاة والسلام (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) ولكن الفقهاء لم يجعلوا الخصمين في درجة واحدة في هذه الحالة بل جعلوا جهة أحدهما راجحة وجهة الآخر مرجوحة لأمور اعتبروها، ولذلك فهم يكلفون صاحب الجهة الراجحة بإقامة البينة أولاً فإن أقامها حكم له وإن عجز طلبت البينة من صاحب الجهة

المرجوحة فإن أقامها حكم له فإذا أراد صاحب الجهة الراجحة إقامة البينة بعد ذلك فلا يلتفت وقد نص الفقهاء على مسائل كثيرة ترجح فيها بينة أحد المدعيين على الآخر ولا يمكننا الإتيان بجميعها في هذا المختصر بل نورد عليك بعضها وهو:

1 - بينة الزيادة أولى ويتفرع على هذا مسائل كثيرة منها أنه إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن ترجح بينة البائع وإذا اختلفا في مقدار المبيع ترجح بينة المشتري وإذا اختلفا في قدر الثمن والمبيع جميعاً رجحت بينة البائع بالنسبة للثمن وبينة المشتري بالنسبة للمبيع والسبب في ذلك أن البينات شرعت للإثبات وبينة الزيادة تثبتها.

ومنها أن بينة الزوجة فيما لو اختلفت مع الزوج في مقدار المفروض من النفقة أولى من بينة الزوج لأنها تثبت الزيادة.

ومنها أن اليتيم إذا بلغ فادعى على رجل اشترى شيئاً من وصيه أنه اشتراه بغبن فاحش وادعى المشتري أن الثمن مثل القيمة فبينة اليتيم أولى لأنها تثبت أمراً زائداً.

2 - إذا حصل خلاف في تصرف هل حصل في حال الصحة أو في حال مرض الموت رجحت بينة الصحة على بينة المرض.

وإنه لو ادعى الوارث أنها أبرأته في مرض موتها فلا ينفذ إلا بالإجازة رجحت بينة الزوج.

3 - إذا اجتمعت بينة العقل وبينة الجنون أو العته رجحت بينة العقل وينبني على ذلك أنه إذا باع رجل شيئاً في حياته فقامت ورثته بعد مماته تدعي أن البائع كان مجنوناً أو معتوهاً وقت البيع وادعى المشتري أنه كان عاقلاً فبينة المشتري أولى ومثل هذا ما إذا اختلفا في كون الإقرار في حال الصغر أو بعد البلوغ فإن بينة مدعي البلوغ ترجح على بينة مدعي الصغر.

4 - بينة الإيسار أولى من بينة الإعسار وينبني على ذلك أن المرأة إذا ادعت على زوجها أنه موسر فعليه نفقة الموسرين وادعى الزوج أنه معسر وأراد كل منهما إقامة البينة رجحت بينة الزوجة.

5 - بينة مدعي الوقف بطناً بعد بطن أولى من بينة مدعي الاطلاق ومن تتبع فروع هذا الباب يجدها سماعية إلا ما كان منها داخلاً تحت قاعدة عامة مثل قولهم (بينة الزيادة أولى).

النكول عن اليمين

النكول عن اليمين هو الامتناع عنها حينما توجه إلى المدعى عليه من القاضي بطلب المدعي وهو الحجة الثالثة لثبوت المدعي (المتفق عليها) فمتى سأل القاضي المدعى عليه عن الدعوى فأنكر وطلب البينة من المدعي فعجز عن الإثبات وطلب يمين المدعى عليه فوجهت إليه من القاضي وامتنع عنها حكم عليه بنكوله.

ولا يشترط تكرار النكول للقضاء بل متى حصل مرة واحدة حكم عليه فإذا أراد أن يحلف بعده فإن كان قبل القضاء أجيب إلى طلبه وإن كان بعده فلا يلتفت إليه القضاء ماض على حاله لأنه أبطل حقه في اليمين بالنكول الذي اتصل به القضاء فلا يعود إليه هذا الحق.

النكول المعول عليه

والنكول المعول عليه لا بد أن يكون في مجلس القضاء فلو صدر في غيره لم يكن معتبراً وينبني على ذلك أن القاضي إذا عرض اليمين على المدعى عليه فأراد أن يحلف فقال المدعي إنه امتنع عنه في غير مجلسك فألزمه بالمدعى به بذاك النكول فلا

يلتفت القاضي لقول المدعي بل إذا حلف المدعى عليه في مجلسه سقطت الدعوى.

(اعتبار النكول عن اليمين إقرار أو بذل)

وقد اختلفوا في اعتبار النكول إقراراً أو بذلاً فقال الصاحبان بالأول لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار السابق منه إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه فلو لم يكن كاذباً في يمينه لما ترك هذه الفوائد.

وقال الإمام بالثاني واستدل بأن اليمين لا تبقى واجبة مع النكول وما كان كذلك فهو إما بذل أو إقرار لحصول المقصود به لكن إنزاله باذلاً أولى لأننا لو حملناه على الإقرار لكذبناه في إنكاره السابق ولو جعلناه بذلاً لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان هذا أولى.

ومعنى البذل عنده هو ترك المنازعة والإعراض عنها.

(قبول البينة مع النكول عن اليمين)

ومن حيث إن المدعى به يلزم بنكول المدعى عليه إذا حكم القاضي به فلو أراد المدعي إقامة بينة مع النكول لم يجب طلبه لعدم الفائدة فلو كانت هناك فائدة للمدعي من إقامتها أجابه القاضي إلى طلبه وسمع البينة وينبني على ذلك ما يأتي من المسائل:

الأولى إذا ادعى شخص ديناً على مورث وخاصم أحد الورثة فأنكر ولم يقم المدعي بينة على طلب يمين المدعى عليه فامتنع عن اليمين وحكم القاضي عليه وأراد المدعي إقامة البينة أجيب إلى طلبه لأن النكول بذل أو إقرار كما عرفته مما تقدم فلو لم يجب إلى طلبه لتضرر لأن الممتنع عن اليمين لا يلزمه من الدين إلا بقدر ما يخصه بخلاف ما لو أثبت المدعي دعواه بالبينة وحكم على المورث بالدين فإنه يلزم جميع الورثة فتكون للمدعي فائدة في إقامة البينة مع نكول الخصم فتسمع منه ومثل هذه المسألة المسائل التي تسمع فيها البينة مع الإقرار وقد تقدمت في هذا المبحث فراجعها.

(القضاء بالنكول مهما كانت صفة اليمين الموجهة)

ولا فرق في القضاء بالنكول بين ما إذا كانت اليمين موجهة إلى الخصم للاستظهار أو لنفي التهمة عنه أو لغيرهما وينبني على ذلك أنه لو ادعى أحد حقاً في تركة ميت وأثبته بالبينة ووجه إليه القاضي اليمين قبل القضاء (للاستظهار) فنكل لم يحكم له بالمدعى وأنه إذا ادعى المودع عنده رد الوديعة أو هلاكها ولم يصدقه المودع وطلب يمينه (لنفي التهمة) فامتنع عن اليمن لزمته الوديعة ومثل المودع عنده كل أمين إذا ادعى هلاك المال كالوصي وأنه لو ادعى رجل على آخر بيعاً وعجز عن الإثبات وطلب يمين المدعى عليه فامتنع حكم عليه لأن فائدة الاستحلاف هي القضاء بالنكول فإذا لم يقض عليه به فلا تكون هناك فائدة في توجيه اليمين إليه.

الفرق بين النكول والإقرار

لما كان كل من الإقرار والنكول طريقاً من طرق القضاء وقال بعضهم إن النكول إقرار كان الظاهر جعلها طريقاً واحداً ولكن فرقوا بينها بأن الإقرار موجب للحق بنفسه فلا يتوقف على قضاء القاضي كما عرفته في مبحثه.

وأما النكول عن اليمين فلا يثبت به الحق بمجرد حصوله بل لا بدّ من قضاء القاضي ومتى حكم عليه بنكوله نزل منزلة الإقرار وبهذا الفرق ظهر جعله قسيماً للإقرار لا قسماً منه.

(علم القاضي)

هذا هو أول طرق القضاء الأربعة المختلف فيها.

فاعلم أن الحقوق المدعاة تنقسم إلى قسمين: **الأول** حقوق الله تعالى كشرب الخمر والزنى. **الثاني** حقوق العباد كالبيع والشراء والإجارة فالقاضي لا يحكم بعلمه في القسم الأول اتفاقاً. وأما القسم الثاني ففيه خلاف بين العلماء فبعضهم يقول إن القاضي لا يحكم بعلمه فيه أيضاً فلا يقضي إلا بما قام بين يديه من الأدلة وبعضهم يقول إن القاضي يقضي فيه بعلمه فلو علم

بالبيع مثلاً ورفعت دعوى أمامه وأنكر المدعى عليه حكم بعلمه والذي اعتمدوه هو الأول وهو الذي يسري عليه العمل الآن.

القرينة القاطعة

نص بعض الفقهاء على أن القرينة القاطعة من طرق الإثبات وصورها بأن يرى إنسان وهو خارج من دار خالية عليه أثر الخوف وبيده سكين متلوث بالدم فدخلوا الدار فوراً فوجدوا شخصاً مذبوحاً لحينه، فلا شك في أن الخارج يؤاخذ إذ لا يشك أحد في أنه هو القاتل وقال بعضهم إنها ليست من طرق الإثبات فلا يقتص ممن رُئي بهذه الحالة لأن معنا احتمالات كثيرة إذ يحتمل أن الذي وجد مقتولاً كان أراد قتل الداخل ولم يمكنه التخلص منه إلا بالقتل فقتله، وبذلك يصير مدافعاً عن نفسه فلا يقتص منه فالذي يجب التعويل عليه التحقيق في هذه المسألة حتى تتجلى الحقيقة ويحكم بمقتضى ما ظهر.

القسامة

القسامة هي عبارة عن تحليف خمسين رجلاً يختارهم الأولياء من أهل مكان وجد به ميت به أثر القتل ولا يدري قاتله.

وكيفية اليمين أن يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً فإن حلفوا حكم عليه بالدية للأولياء (تأمل) ومن نكل منهم عن اليمين حبس حتى يحلف إن كانت الدعوى بالقتل

عمداً فإن كانت بالقتل خطأ حكم بالدية وإن أقر بعضهم بالقتل حكم عليه بموجب إقراره.

فبعضهم يرى أنها من طرق الإثبات لأنه يحكم بالدية بعدها وبعضهم يقول إنها وإن كانت من طرق الإثبات ولكن لا حاجة إلى جعلها قسماً خاصاً لدخولها في اليمين.



اليمين

إذا سأل القاضي المدعى عليه عن الدعوى فأنكرها وطلب البينة من المدعي فعجز عنها وطلب يمين المدعى عليه أجابه القاضي إلى طلبه لأن اليمين حقه بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام للمدعي «**ألك بينة**» قال: لا، فقال عليه الصلاة والسلام: «**لك يمينه**» فقال: يحلف ولا يبالي فقال عليه الصلاة والسلام: «**ليس لك إلا هذا شاهداك أو يمينه**» فصار اليمين حقاً للمدعي لإضافته إليه بلام التمليك.

وقد اختلفوا في جعل اليمين من طرق الإثبات فقال بعضهم إنها طريق من طرقه ونفي ذلك البعض الآخر ويظهر أن هذا الخلاف مبني على خلاف آخر، وهو أنه لو حلف المدعى عليه وأراد المدعي إقامة بينة على دعواه فقال بعضهم: لا يجاب إلى طلبه فلا تسمع بينته، وقال البعض الآخر: يجاب إلى ما طلب فمن قال بالأول يرى أنها طريق من طرق الإثبات لذا لا تسمع بينة المدعي بعد حلف المدعى عليه (إذا كان بعضهم يقول إن هذا قول مهجور).

ومن قال بالثاني يرى أن اليمين ليست طريقاً من طرق الإثبات فيسمع البينة من المدعي بعد يمين المدعى عليه وفائدة اليمين على هذا القول ترك المدعى به في يد المدعى عليه وأمر المدعي بعدم التعرض له حتى يأتي ببرهان والأول هو الظاهر كما لا يخفى على المتأمل.

شروط وجوب اليمين

اليمين حجة المدعى عليه كما أن البينة حجة المدعي بدليل قوله عليه الصلاة والسلام «**البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه**» ومع ذلك فلا تجب اليمين على المدعى عليه إلا بشروط:

الشرط الأول: أن يكون منكراً للحق ليدفع عن نفسه تهمة الكذب في الإنكار السابق.

الشرط الثاني: أن يطلب المدعي تحليف المدعى عليه لأن اليمين وجبت على المدعى عليه حقاً للمدعي.

الشرط الثالث: أن لا تكون هناك بينة حاضرة في مجلس القضاء.

الشرط الرابع: أن لا يكون المدعى به حقاً خالصاً لله تعالى وينبني على ذلك أنه لا يجوز الاستحلاف على الحدود لأن الاستحلاف لأجل النكول وإذا نكل في الحدود لا تلزمه.

الشرط الخامس: إلزام المدعى عليه بالمدعى به على فرض نكوله فإذا لم يلزم به على فرض النكول لم تتوجه إليه اليمين لأن فائدة اليمين إلزام المدعى عليه بالمدعى به إذا امتنع عنها وينبني على هذا الشرط أن لا يحلف كل من الولي والوصي ومتولي الوقف لأن الحلف يقصد به القضاء بالحق عند الامتناع عن اليمين والامتناع بذل أو إقرار ولا يملك واحد منهم الإقرار بالمال ولا بذله.

(صيغة اليمين)

قد اختلف الفقهاء في صيغة اليمين فقال بعضهم: إنها لا تكون إلا بالله تعالى أو بصفة من صفاته كالرحمن والرحيم والقادر لقوله عليه الصلاة والسلام: «**من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر**» وقال بعضهم: إن اليمين كما تكون بالله تعالى أو بصفة من صفاته تكون بالطلاق والعتاق لأن الغرض من اليمين إظهار الحق وكثير من الناس يقدمون على اليمين بالله ولو كانوا كاذبين ولا يقدمون على اليمين بالطلاق إلا إذا كانوا صادقين فيما يحلفون عليه فحينئذ ينظر إلى أحوال الناس وعاداتهم ويتبع ذلك إظهاراً للحقيقة.

ولما كان الغرض من اليمين إظهار الحقيقة كان تحليف كل بما يعتقد فالمسلم يحلف كما تقدم، والنصراني يستحلف بالله

الذي أنزل الإنجيل على عيسى، واليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى، والمجوسي بالله الذي خلق النار، والصابيء بالله الذي خلق الكواكب.

التحليف يكون على اليقين أو على نفي العلم

لما كان علم الشخص يحيط بجميع أعماله التي تصدر منه ولا يحيط بجميع أفعال غيره وهو تارة يكون مسؤولاً أمام القاضي عن فعل نفسه وتارة يكون مسؤولاً عن فعل غيره كان من الضروري التفصيل في اليمين على فعل نفسه أو فعل غيره.

فإن كان على فعل نفسه حلف على البت. وينبني على ذلك أنه إذا ادعى شخص على آخر أن له في ذمته مبلغ كذا بطريق القرض أو هذا المبلغ ثمن شيء باعه له وأنكر المدعى عليه وعجز المدعي عن الإثبات وطلب يمين المدعى عليه حلف على البت فيقول له القاضي قل بالله. ما يستحق عندي المبلغ الذي يدعيه.

وإن كان على فعل غيره فإن التحليف يكون على نفي العلم. وينبني على ذلك أنه إذا ادعى شخص على الورثة بأنه يستحق عند مورثهم كذا من الدين ومات وهو في ذمته وأنكر الورثة وعجز المدعي عن الإثبات وطلب تحليفهم فإنه يجاب إلى طلبه ويحلفون على نفي العلم بأن يقول كل منهم والله لا أعلم أن لك على مورثي المبلغ الذي تدعيه ولا يحلف على اليقين لأنه لا يعلم ما

فعل غيره ظاهراً فلو حلف على البتات لامتنع عن اليمين مع كونه صادقاً فيها فيتضرر به فطولب بالعلم فإذا لم يقبل مع الإمكان صار باذلاً أو مقراً.

في كيفية التحليف

إذا عجز المدعي عن الإثبات وطلب يمين المدعى عليه فلا يخلو الحال من أحد أمرين: **الأول** أن تكون الدعوى مطلقة. **الثاني** أن تكون مقيدة بسبب فإن كان الأول كما إذا ادعى ملكية بيت ولم يبين سببها وأنكر المدعى عليه حلفه القاضي على الحكم وهو ما وقعت فيه الدعوى فيقول والله ليس هذا البيت ولا شيء منه لفلان.

وإن كان **الثاني** فهل يحلف على السبب أو الحاصل بالسبب (ومعنى ذلك أنه إذا ادعى عليه بيع بيت مثلاً وأنكر فإن حلفه على نفي البيع يقال إن التحليف على السبب وإن حلفه أنه ليس بينهما بيع قائم الآن يقال إن التحليف على الحاصل بالسبب).

قال العلماء في جواب هذا السؤال إن كيفية التحليف مما يلزم القاضي ملاحظته فإن رأى أن المدعى به من الأسباب التي لا ترتفع حلفه على السبب لا على الحاصل به كالعتق، ولذلك يقول له القاضي قل بالله ما أعتقت لأنه متى وجد لا يرتفع فلا يتضرر المدعى عليه باليمين على نفس السبب فيحلف عليه.

وإن رأى أن المدعى به من الأسباب التي ترتفع حلفه على الحاصل بالسبب لا على نفس السبب.

وينبني على ذلك أنه إذا ادعى شخص على آخر بيع بيت مثلاً وأنكر فإنه يحلف على الحاصل بالسبب فيقول له القاضي قل بالله ما بيننا بيع قائم الآن ولا يحلف على السبب لجواز أن يكون وجد ولكنه ارتفع بالإقالة فيكون التحليف على السبب مضراً بالمدعى عليه وإذا ادعى عليه الغصب يحلف بالله ما يجب عليه رده لجواز حصول الغصب والرد فلو حلف على نفس الغصب تضرر.

وقد نصوا على أن محل كون التحليف على الحاصل بالسبب فيما يرتفع سببه إذا لم يكن فيه ضرر على المدعي فإن كان حلف على نفس السبب وذلك يكون في عدة مسائل منها ما إذا ادعى شخص على آخر شفعة بالجوار فإن التحليف في تلك الدعوى يكون على سبب الأخذ بالشفعة بأن يقول القاضي للمدعى عليه قل بالله ما اشتريت الدار أو الأرض التي يدعي فلان شفعتها ولا يقول له قل بالله ما يستحق أخذها بالشفعة لجواز أن يكون ممن لا يرى الشفعة بالجواز فيتضرر المدعي (تأمل في هذا وانظر).

النيابة تجري في الاستحلاف لا الحلف

اعلم أنه يجوز أن يكون شخص نائباً عن آخر له حق على

غيره في طلب اليمين من المدعى عليه إذا عجز عن إقامة البينة. وينبني على ذلك أن كلًّا من الوكيل والوصي والمتولي على الوقف يملك طلب يمين خصمه إذا ادعى كل منهم شيئاً يتعلق بالموكل أو الصغير أو الوقف.

ولا يجوز أن يكون شخص نائباً عن شخص تتوجه عليه اليمين ليحلف بالنيابة عنه فإذا ادعى شخص على أحد المذكورين بصفته المذكورة وعجز عن الإثبات فليس له تحليفه ولكن محل ذلك إذا لم يدع عليه شيئاً متعلقاً به فإذا ادعى عليه ذلك كما إذا ادعى شخص على الوصي أو على ناظر الوقف أنه باع له مثلاً شيئاً من الوقف أو من أموال الصغير بمسوغ شرعي وأنكر حصول البيع ثبت للمدعي طلب يمينه لأن الدعوى متعلقة بفعل نفسه.

اليمين المعمول عليه

اليمين المعمول عليه لا يكون إلا في مجلس القضاء لأن اليمين حق القاضي مع طلب الخصم فما لم يكن باستحلافه لم يعتبر وينبني على ذلك أن الخصمين إذا اصطلحا على أن يحلف المدعى عليه عند غير القاضي ويكون بريئاً وحلف فلا يعول على هذه اليمين وحينئذ فللمدعي أن يخاصمه لدى القاضي وإذا عجز عن البينة فله تحليفه ثانياً عنده وليس للمدعى عليه التمسك باليمين التي حلفها في غير مجلسه لأنها غير معتبرة.

رد اليمين على المدعي وعدم ردها

قد علمت أن البينة حجة المدعي كما أن اليمين حجة المدعى عليه فإذا وجهت اليمين إلى المدعى عليه وطلب ردها على المدعي بأن قال أطلب يمينه على صحة دعواه فإن حلف أكون ملزماً بما يدعيه فلا يجاب إلى طلبه لأن اليمين حجة المدعى عليه كما أن البينة حجة المدعي بدليل قوله عليه الصلاة والسلام «**البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه**» فإنه عليه الصلاة والسلام قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه والقسمة تنافي الشركة لأنها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه.

حكم اليمين

اختلف الفقهاء في حكم تأدية اليمين من المدعى عليه فقال بعضهم إن الحكم هو انقطاع الخصومة بها مؤقتاً إلى غاية إحضار البينة، وقال البعض الآخر إن حكمها هو انقطاع الخصومة مطلقاً وينبني على هذا الخلاف أن المدعي إذا أراد إقامة البينة على دعواه بعد يمين المدعى عليه أجيب إلى طلبه على القول الأول لا الثاني (تأمل).

التحالف

اعلم أن الخصمين في الدعوى تارة يكون أحدهما مدعياً

والآخر منكراً فقط وتارة يكون كل من الخصمين مدعياً ومنكراً في آنٍ واحد فإن كان الأول فالحكم فيه ما عرفته من مبحث حكم الدعوى وهو أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

وإن كان الثاني فلا يمكننا إجراء الحكم المتقدم لأن كل واحد منهما له صفتان في الدعوى (مدع ومنكر) وحينئذ يحلف كل منهما على نفي دعوى صاحبه ولكن لا يحلف كل منهما من أول الأمر بل تتبع الطريقة الآتية: وهي متى تحقق في الخصمين أن كل واحد منهما مدعٍ ومنكر كلف كل منهما أولاً بإقامة البينة لأن كلًّا منهما مدع، فإن أقامها أحدهما فقط حكم له وإن أقامها كل منهما حكم لمن أثبتت بينته الزيادة وإن عجز كل منهما عن إقامتها فإن رضي أحدهما بدعوى الآخر حكم عليه بمقتضاها وإن لم يحصل تراض بحلف الحاكم كلًّا منهما على نفي دعوى الآخر فإن امتنع واحد وحلف الآخر ثبتت دعوى الحالف وإن حلف كل منهما فسخ القاضي العقد إن كان قابلاً للفسخ كالبيع والإجارة وينبني على ذلك ما يأتي من المسائل:

أولاً: إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن وحده بأن قال البائع إنه مائة وخمسون جنيهاً وقال المشتري إنه مائة وعشرون فقط فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة ـ الأول أن يقيم أحدهما بينة دون الآخر، **الثاني**: أن يقيم كل منهم بينة، **الثالث**: أن يعجز كل منهما عن إقامة البينة. فإن كان الأول حكم لمن أقامها لأنه نور دعواه بالحجة. وإن كان الثاني رجحت بينة

البائع فيحكم بها لأنها مثبتة للزيادة. وإن كان الثالث يقال لهما إما أن يرضى أحدكما بدعوى الآخر وإلا فسخنا البيع لأن المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لأنه ربما إذا علما بالفسخ يتراضيان فإن رضي أحدهما بدعوى الآخر ألزم بها وإن لم يرض أحدهما طلب اليمين من كل منهما على دعوى صاحبه بأن يقال للمشتري قل بالله ما اشتريته بما ادعاه البائع وهو كذا، ويقال للبائع قل بالله ما بعته بما ادعاه المشتري وهو كذا فإن حلف أحدهما وامتنع الآخر قضي للحالف لأن النكول إقرار أو بذل فلم تبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فتثبت وإن حلف كل منهما فسخ القاضي البيع بطلب أحدهما والسبب في ذلك أنه لما حلف المتبايعان لم يثبت ما أداه واحد منهما فيبقى بيع بثمن مجهول وهو فاسد فيفسخ، ولذا قال عليه الصلاة والسلام: «**إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا**».

وإنما صرنا إلى التحالف عند العجز عن الإثبات لما عرفته من أن كل واحد منهما منكر دعوى صاحبه.

ثانياً: إذا اختلف المتبايعان في قدر المبيع وحده بأن قال البائع إنه مائة قنطار من القطن والثمن أربعمائة جنيه مصرية وقال المشتري إنه مائة وعشرون بهذا الثمن كان الحكم كاختلافهما في الثمن، فمن أقام منهما بينة حكم له وإن أقام كل منهما بينة قدمت المشتري لأنها مثبتة للزيادة وإن عجز كل منهما عن إقامتها ولم يرض واحد منهما بدعوى صاحبه حلف كل منهما، فإن حلف

أحدهما وامتنع الآخر قضى للحالف وإن حلف كل منهما فسخ القاضي البيع بطلب أحدهما للحديث المتقدم.

ثالثاً: إذا اختلفا في الثمن والمبيع معاً بأن قال البائع بعت لك البيت الفلاني بألفي جنيه وقال المشتري لا بل بعته إلى هو وهذا الحصان بألف وسبعمائة جنيه فالحكم لا يختلف عما عرفته في الاختلاف في الثمن أو في المبيع فقط، إلا أنه في هذه الحالة عندما يقيم كل منهما بينة تقدم بينة البائع بالنسبة للثمن وترجح بينة المشتري بالنسبة للمبيع لإثبات كل منهما الزيادة.

(من الذي يحلف أولاً)

البيع إما أن يكون بيع عين بثمن وإما أن يكون عيناً بعين وإما أن يكون ثمناً بثمن، فإن كان الأول وكان الاختلاف في الثمن فقط أو فيه وفي المبيع بدأ القاضي بيمين المشتري عند التحالف على الصحيح لأنه أول من يطالب بالثمن فهو البادي بالإنكار ولأن فائدة النكول تتعجل بالبداءة به وهو إلزامه بالثمن ولو بدأنا بيمين البائع تأخرت المطالبة بتسلم المبيع إلى زمن استيفاء الثمن فإن كان الاختلاف في المبيع فقط بدأ القاضي بيمين البائع.

وإن كان الثاني (عين بعين) أو الثالث (ثمن بثمن) بدأ القاضي بيمين أيهما شاء لاستوائهما في التسليم والقرعة أحب (تأمل).

القضاء

القضاء يشتمل على مباحث كثيرة وهاك بيانها بالتفصيل.

(تعريف القضاء)

القضاء يأتي في اللغة لمعان منها الحكم والإلزام قال تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ﴾ أي حكم وقال تعالى: ﴿فَٱقْضِ مَآ أَنتَ قَاضٍ﴾ أي احكم بما شئت فإننا عرفنا الحق فاتبعناه.

وفي اصطلاح الفقهاء هو فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه مخصوص ليخرج الصلح بين الخصمين وقال بعضهم هو قول ملزم يصدر عن ولاية عامة.

حكمة القضاء

حكمة القضاء هي رفع التهارج ورد النوائب وقمع الظالم ونصر المظلوم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فهو فريضة محكمة قد باشره الصحابة والتابعون وحض عليه من بعدهم الصالحون، وجعله النبي ﷺ من النعم التي يباح

الحسد عليها فقد جاء من حديث ابن مسعود عنه ﷺ: **«لا حسد إلا في اثنين رجل آتاه مالاً فسلطه على هلكاته في الحق ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعمل بها»**.

(طلب القضاء)

اعلم أن طلب القضاء ينقسم إلى خمسة أقسام واجب ومباح ومستحب ومكروه وحرام، **فالأول**: يتحقق عندما يكون الشخص عالماً عادلاً ولا يوجد من يصلح غيره.

والثاني: يتحقق عندما يستوي هو وغيره في الصلاحية والقيام به.

والثالث: يتحقق عند وجود من يصلح لكنه هو أصلح وأقوم، ويتحقق **الرابع**: عندما يكون صالحاً للقضاء لكن غيره أصلح منه، **والخامس**: يتحقق إذا سعى في طلب القضاء وهو ليس بأهل له أو يسعى فيه وهو من أهل العلم لكنه متلبس بما يوجب فسقه.

تولية القضاء

ما كان من الضروري وجود هيئة حاكمة تنصف المظلوم وتردع الظالم وتقطع المنازعات القائمة بين الأفراد كانت تولية القاضي فرضاً لأنه ينصب لإقامة فرض وهو الحكم بين الناس قال تعالى: ﴿فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُۖ﴾ والذي يتولى ذلك هو

الإمام أو نائبه ولكن لما كان لا يمكنه القيام بكل أمور الناس احتاج إلى إقامة نواب عنه في جميع المصالح كل فيما خصص به ومنهم القضاة، وقد كان رسول الله ﷺ يبعث إلى الآفاق قضاة. وعندما يريد الإمام أو نائبه تولية قاض يجتهد لنفسه وللأمة فيبحث حتى يقع الاختيار على رجل يكون أهلاً للقضاة فيقوم بما عهد إليه خير قيام.

الصفات التي ينبغي أن يكون القاضي متصفاً بها

إذا اجتهد الإمام أو نائبه وعين قاضياً موثوقاً به في عفافه وعدله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه وجب على القاضي أن يسير السير الذي يرضي الله ورسوله، فيأخذ بآداب الشرع الشريف فيتوقى ما يشينه في دينه ومروءته وعقله، فإنه أهل لأن ينظر إليه ويقتدي به فيتقي الله في جميع أعماله. ويقضي بالحق فلا يقضي لهوى يضله ولا لرغبة تغيره ولا لرهبة تزجره بل يؤثر طاعة ربه ويعمل لمعاده طعماً في جزيل ثوابه وهرباً من أليم عذابه فيتبع الحكمة وفصل الخطاب.

ولا ينبغي أن يكون فظاً غليظاً جباراً عنيداً بل يكون شديداً من غير عنف ليناً من غير ضعف.

(أركان القضاء)

أركان القضاء ستة وهي: حكم، محكوم به، ومحكوم له، ومحكوم عليه، وحاكم، وطرق الحكم.

فالحكم هو الإلزام وهو ينقسم إلى ثلاثة أقسام: **الأول** قوله **والثاني** فعلي **والثالث** ضمني وستأتي موضحة في أقسام القضاء.

والمحكوم به أربعة أقسام: **الأول** حق الله تعالى المحض كحدّ شرب الخمر. **الثاني** حق العبد المحض كالديون. **الثالث** ما فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كحد القذف والسرقة. **الرابع** ما فيه الحقان وغلب فيه حق العبد كالقصاص والتعزير.

والمحكوم له تارة يكون هو الشرع إذا كان المحكوم به من حقوقه المحضة أو التي غلب فيها حقه وتارة يكون العبد إذا كان المحكوم به متمحضاً حقاً له أو غلب فيه حقه.

والمحكوم عليه هو العبد دائماً لكنه تارة يكون متعيناً واحداً أو أكثر كجماعة اشتركوا في قتل فقضى عليهم بالقصاص وتارة يكون غير متعين كما في القضاء بالحرية الأصلية فإنه حكم على كافة الناس.

والحاكم هو إما الإمام أو القاضي أو المحكّم.

وطريق الحكم عبارة عن الدعوى والحجة.

أقسام القضاء

ينقسم القضاء إلى ثلاثة أقسام: قولي، وفعلي، وضمني.

الأول ينقسم إلى قسمين: **الأول** قضاء استحقاق. **الثاني** قضاء ترك. فقضاء الاستحقاق يكون بقول القاضي حكمت أو

أعطه الشيء الذي ادعاه عليك وقضاء الترك يكون بمنع المدعي من المنازعة بنحو قوله ليس لك حق أو أنت ممنوع من المنازعة.

وكما يسمى هذا قضاءً قولياً يسمى أيضاً قضاءً قصدياً إذ هو ما صدر في أمر قصداً وهذا النوع كذلك ويشترط في هذا النوع تقدم الدعوى متى كان في حقوق العباد.

الثاني: (القضاء الفعلي) يكون بصدور فعل من القاضي فيما يكون محلًّا للحكم.

وبيان ذلك أن فعل القاضي على وجهين: **الأول**: مالا يكون موضعاً للحكم كما إذا وكلته مكلفة بتزويجها فزوجها أو وكله رجل بشراء بيت مثلاً فاشتراه فهذا لا يعتبر حكماً لأنه لم يباشر العقد بصفته قاضياً بل بصفته وكيلاً فيعتبر كذلك.

الثاني: ما يكون محلًّا للحكم كتزويج صغير أو صغيرة هو وليهما وبيعه مال اليتيم وقسمة عقاره وهذا يعتبر حكماً فعلياً ولهذا لا يصح تزويجه الصغيرة لنفسه ولا لمن لم تقبل شهادتهم له وكذلك البيع والشراء المذكوران.

وهذا النوع من القضاء لا يحتاج إلى دعوى.

والثالث: (وهو القضاء الضمني) يكون المحكوم فيه غير مقصود بل هو داخل ضمن المدعى المحكوم به قصداً وذلك يتحقق في مسائل كثيرة.

منها إذا شهد اثنان على خصم بحق وذكرا اسمه واسم أبيه

وجده فقضى القاضي بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمناً وإن لم يكن في حادثة النسب. ومنها إذا شهدا بأن فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلاناً في كذا على خصم منكر وحكم القاضي بتوكيلها كان هذا الحكم قضاءً بالزوجية بينهما وإن لم تكن الدعوى في حادثة الزوجية.

(شروط القضاء)

لما كان القضاء يستلزم قاضياً ومقضياً له ومقضياً عليه ومقضياً به وصيغة وطريق للقضاء.

كانت الشروط التي يلزم وجودها فيه متنوعة فكل له شروط مخصوصة وإليك بيان الجميع.

فالشروط التي يلزم وجودها في القاضي هي الشروط التي يلزم وجودها في الشاهد وقت الأداء لأن القضاء من باب الولاية كالشهادة بل هو أعظم الولايات وحينئذ تشترط فيه الشروط الآتية: وهي العقل والبلوغ والحرية والبصر والنطق وأن لا يكون محدوداً في قذف وأن لا يجر لنفسه مغنماً بهذا القضاء وينبني على هذا الشرط أنه لو مات رجل وأوصى للقاضي بثلث ماله لم يجز قضاء القاضي للميت بشيء من الأشياء وأنه إذا كان القاضي أحد ورثة الميت لا يقضي للميت بشيء.

(انظر باق الشروط التي تشترط في الشاهد واشترطها في القاضي).

ويشترط في المقضى له أن لا يكون واحداً من أصول القاضي وفروعه لأنه لا تجوز الشهادة لهم فكذا القضاء وأن لا يكون زوجة له لما تقدم وأن لا يكون شريكاً له في المال الذي يحكم فيه لما ذكر.

ويشترط في المقضى عليه أن يكون معلوماً لأن القضاء فيه إلزام ولا يتأتى الإلزام بالمجهول سواء كانت الجهالة فاحشة أو يسيرة. وأن يكون حاضراً وقت القضاء فلا يجوز القضاء على الغائب إلا في مسائل مخصوصة ستأتي في مبحث القضاء على الغائب.

ويشترط في المقضى به أن يطلب من القاضي الحكم به وينبني على هذا أنه ادعى أحد ديناً هو أجرة أرض مدة معلومة فلا يجوز أن يحكم له بأجرة المدة التي مضت أثناء المحاكمة إذا كان لم يدعها لا خطأً ولا شفعاً لأن طلب الحكم بها لم يوجد.

ويشترط في الصيغة أن تكون قاطعة للمنازعة بين الخصوم فلا يجوز فيها الترديد بين وجهين أو أكثر وينبني على هذا أنه لو ادعى رجل على آخر بأنه غصب منه خاتماً مثلاً وطلب رده إليه إن كان قائماً وإن كان هالكاً يعطيه قيمته لم يحكم له القاضي بهذه الصورة لجهالة المحكوم به وحينئذ يكلف المدعي بتصحيح دعواه فإن ادعى أن الخاتم قائم وأثبت ذلك حكم برد عينه وإن ادعى أنه هالك وثبت ذلك حكم برد قيمته.

ولما كانت طرق القضاء المتفق عليها ثلاثة وهي: الإقرار

والشهادة والنكول عن اليمين وقد تقدم في مبحث كل منها ما يشترط فيه فهي الشروط التي تشترط في طريق القضاء.

تخصيص القضاء بالزمان والمكان والقضايا والرأي

اعلم أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان وبالقضايا وبالرأي ويتفرع على هذا أن السلطان إذا ولي قاضياً وخصصه بزمان بأن قال لا نقض إلا في اليوم الفلاني أو خصصه بمكان بأن قال له لا تقض إلا في المحكمة الفلانية أو لا تقض إلا في الحوادث الواقعة في مكان كذا أو خصصه بنظر بعض القضايا المعينة بأن قال له مثلاً لا تقض إلا في الدعوى المتعلقة بالزواج أو الطلاق أو الميراث أو الوقف الخ. أو لا تقض في قضية فلان أو أمر السلطان القضاة باتباع رأي مجتهد من الأئمة في مسائل مخصوصة لما أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق صح كل ذلك.

ومتى اتبع القاضي أمر السلطان نفذ قضاؤه فإن خالف فلا ينفذ حكمه والسبب في ذلك أن القاضي وكيل عن السلطان والوكيل إنما يستفيد التصرف من موكله فإذا خصص له تخصيص وإذا عمم تعمم.

ما يبطل به الحكم وما لا يبطل

اعلم أن القاضي متى رفعت إليه دعوى واستوفى الإجراءات

الشرعية وكانت صحيحة في الواقع ونفس الأمر وحكم وكان حكمه موافقاً لما خصصه به الحاكم (إن كان هناك تخصيص) وموافقاً للشرع ولم يأت المدعي عليه يدفع فلا ينقض هذا الحكم ولو رجع القاضي عنه أو رجع الشهود عن شهادتهم وينبني على ذلك ما يأتي:

أولاً: إن القاضي إذا قال بعدما قضى في حادثة رجعت عن قضائي أو بدا لي غير ذلك أو أبطلت حكمي أو قال وقفت على تلبيس الشهود وأراد أن يبطل حكمه فلا يعتبر هذا الكلام والقضاء ماضٍ على حاله.

ثانياً: لو رجع الشهود عن شهادتهم بعد القضاء لم ينقض الحكم وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه في الرجوع عن الشهادة.

ثالثاً: ينقض الحكم إذا حكم القاضي في غير ما خصصه به الحاكم وقد تقدم لك هذا في مبحث تخصيص القضاء بالزمان الخ.

رابعاً: إذا شهد شاهدان لرجل بأنه أخو الميت لأبيه وأمه وهو وارثه ولا نعلم له وارثاً سواه فقضى له بذلك وسلمت له التركة ثم ادعى آخر بأنه ابن الميت وأثبت ذلك بالبينة نقض القضاء الأول بالوراثة للأخ واستحق الابن جميع التركة لأنه يحجب الأخ حجب حرمان.

خامساً: قد ينقض الحكم إذا دفع المدعى عليه الدعوى

بعده لأنهم نصوا على أن الدفع يقبل قبل الحكم وبعده فإذا فرضنا أن رجلاً ادعى على آخر بأن البيت الذي تحت يده مملوكاً له لأنه ورثه من أبيه، وأثبت ذلك فحكم له بملكيته ثم دفع المحكوم عليه الدعوى بأن والده كان قد اشترى هذا البيت من والد المدعي وهو لا يعلم وأثبت ذلك نقض الحكم الأول وحكم للمدعى عليه به والأمثلة كثيرة في هذا الموضوع.

ومن هذا الأخير أخذت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية طرق الطعن في الأحكام.

طرق الطعن في الأحكام

قسمت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الطعن في الأحكام إلى أربعة أنواع: **الأول** المعارضة ـ **الثاني** الاستئناف ـ **الثالث** التماس إعادة النظر ـ **الرابع** طلب تفسير الحكم مادة (289) من اللائحة.

فمتى عارض المحكوم عليه في الحكم أو استأنفه أو التمس إعادة النظر فيه ورأت المحكمة المختصة أن ما أتى به مقبول وموافق للقوانين نظرت فيه ومتى أثبته نقض الحكم وقد ذكر هذا المبحث في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من مادة (289) إلى مادة (338) فراجعه عند اللزوم.

(الحبس)

معنى الحبس هو المنع. وصفته أن يكون بموضع ليس فيه فراش ولا وطاء لأن الغرض منه الوصول إلى الحقيقة في الدعاوى فإذا كان بهذه الكيفية يضجر المحبوس فيعترف أو يوفي ما عليه من الدين.

شروط وجوبه

الشي المدعى إما أن يكون غير دين كالحدود والقصاص وإما أن يكون ديناً فإن كان الأول فالشرط في وجوبه قيام قرينة تدل على ارتكاب المتهم ما نسب إليه فلا يحبس بمجرد التهمة والقرينة تثبت بأحد شطري الشهادة وهما العدد أو العدالة فلا يحبس المتهم إلا إذا شهد شاهدان مستوران أو واحد يعرفه القاضي بالعدالة ويصح أن تكون القرينة أعم من ذلك.

(وهذا هو المسمّى الآن بالحبس الاحتياطي) فإن ثبتت الدعوى حكم عليه بما تستوجبه وإن لم تثبت خلي سبيله. وإن كان الثاني (دين) فيشترط في وجوب الحبس أن يكون الدين حالاً فلا يحبس في الدين المؤجل. وأن يكون المديون قادراً على قضاء الدين فلو كان معسراً لم يحبس. وأن يكون المديون مماطلاً أي ممتنعاً عن قضاء الدين بغير حق فإن كان امتناعه بحق كما إذا ادعى إيفاء الدين فلا يحبس بل يكلف بإثبات ما ادعاه. وأن لا يكون المديون أحد الوالدين فلا يحبس والد وإن علا في دين ولده إلا أنه إذا امتنع عن النفقة الواجبة عليه لولده فإن القاضي يحبسه تعزيراً لا حبساً بالدين وإما الولد فيحبس بدين الوالد وكذا سائر الأقارب فإنه يحبس كل منهم بدين قريبه. وأن يطلب الدائن حبس مدينه فإذا لم يطلب لم يحبس لأن الدين حقه والحبس وسيلة إلى قضائه.

ولكن هل يحبس المديون بمجرد طلب الدائن أو لا بد من

إثبات يساره قال الفقهاء في جواب هذا السؤال أن فيه تفصيلاً وبيانه.

إن الدين المدعى به إما أن يكون لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع والقرض أو لزمه بعقد كالمهر المعجل والمال المكفول به وإما أن لا يكون كذلك كارش جناية ونفقة قريب.

فإن كان الأول وثبت الحق للمدعي أمر القاضي المدعى عليه بدفعه فإن دفعه فيها وإن امتنع عن الدفع فإن كان له مال ظاهر باع القاضي منه بقدر ما يسدد الدين على ما عليه الفتوى.

وإن لم يكن له مال ظاهر وأنكر أن له مالاً والمدعي يدعي ذلك كان القول للدائن فإن طلب حبسه أجابه القاضي إلى طلبه فيحبسه حتى تثبت عسرته.

وإن كان الثاني (وهو ما إذا كان الدين ليس بدلاً عن مال ملكه ولم يكن التزمه بعقد) وثبت عليه الحق فإن كان له مال ظاهر فالحكم كما تقدم في الحالة الأولى وإن لم يكن فلا يحبس إلا إذا أقر بأن له مالاً وامتنع عن الدفع أو أثبت المدعي غناه بالبينة.

وقالوا في الفرق بينهما أن الدين إذا لم يكن بدلاً عن مال حصل في يده ولم يكن ملتزماً بعقد كان المنكر لليسار (وهو الدائن) متمسكاً بالأصل وهو العسرة وهذا بخلاف الحالة الأولى لأن الظاهر يكذبه إذ بالمال الذي حصل في يده أو التزامه بعقد باختياره ظهرت قدرته لأننا تيقناً بحصول المال له والظاهر بقاؤه بالتقلب فيه ولا يلتزم الإنسان باختياره شيئاً لا يقدر عليه عادة.

وبمجرد أول نظرة في هذا الفرق يظهر لك أنه غير وجيه
ولذا اختار الخصاف أنه لا فرق في الحالتين بل الحكم واحد
وهو أن القول للمديون لأنه متمسك بالأصل وهو العسرة.

التحكيم

الحاكم بين الخصوم تارة يكون مولى من قبل السلطان أو نائبه وهذا له الولاية العامة على جميع من في ولاية قضائه وتارة يكون مولى من قبل المدعي والمدعى عليه وهذا هو المحكم فالتحكيم إذن هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما فإذا لم يرد شخصان أو أكثر رفع ما بينهما من المنازعة إلى المحكمة لسبب من الأسباب بل اتفقوا على أن يعينوا حكماً يقضي بينهم سواء كان واحداً أو متعدداً صح ذلك ومتى حكم نفذ حكمه عليهم لأن لهم الولاية على أنفسهم فصح تحكيمهم لغيرهم.

ولذا يشترط في المحكم (بكسر الكاف) أن يكون بالغاً عاقلاً ويشترط في المحكم (بفتح الكاف) أن يكون من أهل القضاء لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهم فيشترط فيه ما يشترط في القاضي.

والتحكيم جائز في كل حق من الحقوق إلا في الحدود والقود والدية على العاقلة وإنما يصح في هذه الأشياء لأن تحكيمهم بمنزلة الصلح وليس لهم ولاية على دمهم ولهذا لا يملكان إباحته وكذا لا ولاية لهم على العاقلة.

ومتى صح التحكيم بأن كان مستوفياً كل ما يلزم له كان غير لازم قبل صدور حكم من المحاكم فلو نقضه أحدهما قبله انتقض ولازماً بعد صدور الحكم منه لأن حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما ولكن حكمه يكون قاصراً على المحكمين له فلا يتعداهم إلى غيرهم بخلاف حكم القاضي.

القضاء على الغائب

الأصل أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي على غائب ولا له إلا بحضور نائبه حقيقة أو شرعاً كوكيله ووصيه ومتولي الوقف وكوصي نصبه القاضي.

ولكن جوز العلماء الحكم على الغائب في مسائل وهي:

الأولى: إذا اختفى الخصم في بيته (مثلاً) وأرسل إليه القاضي ثلاث مرات يدعوه إلى مجلس الحكم فلم يحضر فإن القاضي يقيم له وكيلاً يعلم أنه يحافظ على حقوقه ويسمع الدعوى في مواجهته ومتى ثبتت حكم على المختفي في غيبته.

الثانية: إذا حضر المدعى عليه أمام القاضي وأقر بالمدعى به ثم غاب حكم القاضي عليه لأنه لما أقر فقد لزمه المدعى به بإقراره.

الثالثة: إذا حضر المدعى عليه وسئل عن الدعوى فأنكر فأقيمت عليه البينة وهو حاضر ثم غاب قبل التزكية والحكم فللحاكم أن يزكي البينة ويحكم بها. وهذا عند أبي يوسف. والإمام يقول لا يقضى عليه لجواز أن يطعن فيها وهذه وما قبلها مصرح بهما في مادة (1830) من المجلة.

الرابعة: إذا اشترى رجل من آخر شيئاً وغاب قبل نقد الثمن وقبض المبيع ورفع البائع دعوى عليه وأثبتها حكم القاضي ببيع ما اشتراه الغائب ليؤدي الثمن للبائع.

الخامسة: إذا كان ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعي على الحاضر ويتفرع على هذا مسائل كثيرة:

منها: إذا ادعى الشفعة في دار هي في يد رجل وقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من أحد فأقام المدعي البينة إن ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان الغائب بألف جنيه (مثلاً) وهو يملكها وإن المدعي شفيعها حكم القاضي بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعاً لأن الشفعة التي يدعيها على الحاضر لا تثبت إلا بعد ثبوت الشراء من الغائب.

ومنها: إذا قال رجل لآخر إذا بعت لفلان شيئاً فأنا ضامن لك الثمن فأقام المضمون له البينة على الضامن بأنه باع لفلان كذا بألف جنيه قضى بالثمن على المشتري وبلزومه على الكفيل لأنه لا يمكن الحكم بالأخير إلا بعد ثبوت البيع للغائب.

ومنها: لو أقام بينة على رجل في يده دار إنها له فأقام ذو اليد البينة على أن فلاناً وهبها له وسلم أو أودعها عنده أو باعها له قضى بالهبة والإيداع والبيع على الغائب ويقضي على الحاضر بمنعه عن التعرض لواضع اليد لأن ذلك لا يمكن إلا بالحكم على الغائب بالعقود التي ادعاها واضع اليد وقالوا في توجيه ذلك أن الحاضر يكون وكيلاً عن الغائب حكماً لأنهم نصوا على أنه لا

يجوز القضاء على الغائب ولا له بحضور نائبه حقيقة كوكيله ووصيه ومتولي الوقف ووصي نصبه القاضي أو حكماً بأن يكون ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعي على الحاضر (تأمل واحكم).

والمسائل من هذا القبيل كثيرة فلا حاجة إلى التطويل.



كتاب القاضي إلى القاضي

متى رفعت دعوى أمام القاضي وكان المدعى عليه حاضراً سار في الدعوى بالطريق الشرعي وإن كان غائباً ولكن محل إقامته في ولايته أحضره بالطريقة التي عرفتها من كيفية إحضار الخصم.

وإن كان غائباً في جهة أخرى بأن كان في ولاية قاض آخر وطلب المدعي من القاضي الذي رفعت الدعوى أمامه أن يسمع الشهادة على الدعوى ويكتب إلى القاضي الذي في ولايته المدعى عليه أجابه إلى هذا الطلب، ومتى سمع الشهادة يكتب إلى القاضي الذي في ولايته المشهود عليه إنما لا بد من أن يبين في الكتاب الشيء المدعى واسم المدعي والمدعى عليه والشهود ولا يقضي لأن القضاء على الغائب لا يجوز بعد كتابته يقرأه على الشهود الذين يصحبون المدعي أو يعلمهم بما فيه ثم يختمه ويسلمه إلى شهود الطريق (وهذا في الحقيقة نقل شهادة).

ومتى وصلوا إلى القاضي المكتوب إليه وشهدوا عنده بأنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وأعلمنا بما فيه وختمه فعند ذلك يفتحه المكتوب إليه ويحضر الخصم ويقرأه عليه ويلزمه ما فيه إذا ثبت لديه فالقاضي المكتوب إليه لا يحكم برأي

الكاتب بل برأيه لأن الكاتب لم يحكم بالشهادة وإنما نقلها ليحكم بها المكتوب إليه فينظر فيها بما يقتضيه رأيه.

وهذا الكتاب يبطل بموت الكاتب وعزله وخروجه عن الأهلية قبل أن يقرأه الثاني ولو بعد وصوله إليه. ويبطل أيضاً بموت المكتوب إليه إن كان مخصصاً ولم يعمم فإذا عمم بعد تخصيص بأن قال إلى فلان قاضي بلد كذا ومن يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين يبطل بموته.

وهذا المبحث غير محتاج إليه الآن لأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بينت المحل الذي ترفع فيه الدعوى في الباب الرابع في اختصاص المحاكم بالنسبة لمحل الإقامة ومحل العقار وبينت أيضاً أنه يحكم على الغائب في المسائل التي بينت في الفصل الثاني في الأحكام الغيابية فلا يسعنا إلا اتباع ما نصت عليه لصدورها ممن له الولاية العامة فيكون حكمه نافذاً على الجميع.

المحتويات

